

Проф. В. И. СИНАЙСКІЙ.

На правахъ рукописи.

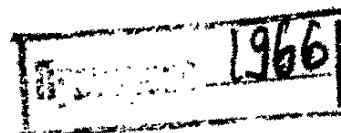
Русское гражданское право.

(Пособіе къ изученію т. X ч. 1 и сенатской практики).



КІЕВЪ.

Тип. А. М. Пономарева п. у. И. И. Врублевскаго, Крещатикъ № 58-2.
1912.





БИБЛИОТЕКА
Всесоюзного
научно-исследовательского центра
Средоточия книгопечатания

Всесоюзный
БИБЛИОТЕКА
Ин-т
Физ. Наук

Предисловіе.

Данное пособіе къ изученію т. X ч. 1 издано исключительно по просьбѣ моихъ слушателей для первоначальнаго ознакомленія ихъ съ гражданскимъ правомъ. Неполнота матеріала, нѣкоторая неточность формулировокъ, неравномѣрность частей книги, неизбѣжныя погрѣшности въ изложеніи нуждаются, конечно, въ дальнѣйшемъ исправленіи. Моей задачей было дать, хотя и въ тѣсныхъ рамкахъ, возможно полную картину русскаго гражданскаго законодательства, познакомить слушателей съ основными положеніями столь важной для насъ сенатской практики и затронуть общіе вопросы современнаго западно-европейскаго и русскаго права. Если настоящая моя работа выполнена хотя отчасти, то пополненіе и улучшеніе ея будетъ моею дорогой и пріятной задачей въ будущемъ.

Кіевъ, 27 мая 1912 г.

В. Синайскій.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Часть I. Общія понятія.

Глава I. Понятіе о гражданскомъ правѣ. Стр.

- | | | |
|------|---|---|
| § 1. | Гражданское право въ субъективномъ смыслѣ | 1 |
| § 2. | Гражданское право въ объективномъ смыслѣ. | 3 |

Глава II. Лица, какъ субъекты гражданского права.

- | | | |
|------|--|----|
| § 3. | Физическое лицо. | 4 |
| | I. Понятіе о физическомъ лицѣ | 4 |
| | II. Начало физическаго лица | 5 |
| | III. Конечъ физическаго лица | 7 |
| § 4. | Юридическое лицо. | 11 |
| | I. Понятіе и виды юридическаго лица | 11 |
| | II. Начало гражданского юридическаго лица | 12 |
| | III. Конечъ гражданского юридическаго лица | 16 |

Глава III. Юридическій актъ (сдѣлка).

- | | | |
|------|---|----|
| § 5. | Понятіе о юридическомъ актѣ (сдѣлкѣ) и виды юридическихъ актовъ (сдѣлокъ) | 17 |
| | I. Понятіе о юридическомъ актѣ (сдѣлкѣ) | 17 |
| | II. Виды юридическихъ актовъ (сдѣлокъ) | 23 |
| § 6. | Принадлежности юридическихъ актовъ (сдѣлокъ). | 24 |
| | I. Необходимыя принадлежности | 24 |
| | II. Обыкновенныя принадлежности | 29 |
| | III. Случайныя принадлежности | 29 |
| § 7. | Недѣйствительность юридическаго акта (сдѣлки) | 35 |
| § 8. | Представительство | 37 |
| | I. Понятіе и виды представительства. | 37 |
| | II. Представительство въ русскомъ правѣ | 42 |

Глава IV. Гражданско-правовая норма.	Стр.
§ 9. Понятіе о гражданско-правовой нормѣ	44
§ 10. Правонарушеніе	45
§ 11. Событія и, въ частности, время	48
§ 12. Источники гражданско-правовой нормы	54
I. Правообразующія силы и формы правообразованія (источники возникновенія права)	54
II. Источники познанія гражданско-правовой нормы въ русскомъ правѣ.	60

Часть II. Вещное право.

Глава I. Понятіе о вещномъ правѣ.

§ 13. Построеніе (конструкція) вещнаго права	65
§ 14. Вещь, какъ объектъ права	66
§ 15. Виды вещныхъ правъ	76

Глава II. Право собственности и владѣніе.

§ 16. Понятіе о правѣ собственности и объ ограниченіяхъ права собственности	79
I. Понятіе о правѣ собственности	79
II. Понятіе объ ограниченіяхъ права собственности. .	80
III. Право участія общаго.	83
IV. Право участія частнаго	86
§ 17. Приобрѣтеніе права собственности.	87
I. Понятіе о способахъ прибрѣтенія права собственности	87
II. Производные способы	89
III. Первоначальные способы.	94
§ 18. Содержаніе, виды и прекращеніе права собственности.	107
I. Содержаніе права собственности	107
II. Виды права собственности	108
III. Прекращеніе права собственности	112
§ 19. Владѣніе	113
I. Понятіе о владѣніи.	113
II. Приобрѣтеніе и потеря владѣнія	116
III. Виды владѣнія и юридическое значеніе владѣнія .	117

**Глава III. Вещные права на имущественную цѣнность чужой вещи
и права выкупа и преимущественной покупки.**

	Стр.
§ 20. Залоговое право	120
I. Понятіе о залоговомъ правѣ.	120
II. Виды залогового права.	123
§ 21. Возникновеніе, содержаніе и прекращеніе залогового права	124
I. Возникновеніе залогового права	124
II. Содержаніе залогового права	130
III. Прекращеніе залогового права	133
§ 22. Вещныя (реальныя) повинности	133
§ 23. Права выкупа и преимущественной покупки	136
I. Право выкупа.	136
II. Вещное право преимущественной покупки	138

Глава IV. Вещныя права пользованія чужою вещью.

§ 24. Общее понятіе о вещныхъ правахъ пользованія чужою вещью и, въ частности, сервитуты.	139
I. Общее понятіе	139
II. Сервитуты.	140
III. Реальные сервитуты (право угодій)	141
IV. Личные сервитуты (право владѣнія и пользованія, отдѣльное отъ права собственности)	144
§ 25. Вещное право застройки и чиншевое право	147
I. Вещное право застройки	147
II. Чиншевое право	148

Глава V. Права на нематеріальныя вещи.

§ 26. Понятіе о правѣ на нематеріальныя вещи.	149
I. Построеніе (конструкція) вещнаго права на немате- ріальныя вещи.	149
II. Нематеріальная вещь, какъ объектъ права.	150
§ 27. Авторское право въ русскомъ законодательствѣ (законъ 20 марта 1911 г.)	152
I. Субъекты авторскаго права.	152
II. Объекты авторскаго права.	154
III. Содержаніе и ограниченія авторскаго права	157

IV. Возникновеніе и прекращеніе авторскаго права . . .	159
§ 28. Авторское право на промышленныя изобрѣтенія (по закону 20 мая 1906 г.) и право на фабричныя ри- сунки и модели	159

Часть III. Обязательственное право.

Глава I. Понятіе объ обязательственномъ правѣ и виды обя- зательствъ.

§ 29. Построеніе (конструкція) обязательственнаго права . .	161
I. Понятіе объ обязательствахъ вообще	161
II. Понятіе объ обязательствахъ въ русскомъ правѣ . .	163
§ 30. Дѣйствіе, какъ объектъ права	165
I. Понятіе о дѣйствіи въ правѣ	165
II. Виды дѣйствій, какъ объекта права	169
§ 31. Виды обязательственныхъ правъ	171
I. Понятіе о видахъ обязательственныхъ правъ (обяза- тельствахъ)	171
II. Виды обязательственныхъ правъ по объекту . . .	172
III. Виды обязательственныхъ правъ по субъекту . .	175
IV. Виды обязательственныхъ правъ по содержанію обязательства	179
V. Натуральные обязательства	180

Глава II. Возникновеніе обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

§ 32. Общій обзоръ и классификація основаній возникновенія обязательствъ	182
§ 33. Двусторонній юридическій актъ, или договоръ, какъ источникъ обязательствъ	184
I. Понятіе о договорѣ	184
II. Виды договоровъ	186
III. Договоръ между отсутствующими	187
IV. Договоръ въ пользу третьяго лица	190
V. Форма договора	192

Глава III. Обезпеченіе, или укрѣпленіе обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

§ 34. Необходимость въ обезпеченіи, или укрѣпленіи обяза- тельныхъ правъ, преимущественно договорнаго происхожденія	193
---	-----

	Стр.
§ 35. Задатокъ и неустойка	195
I. Задатокъ.	195
II. Неустойка	199
§ 36. Поручительство	202
Глава IV. Отвѣтственность за ненадлежащее исполненіе обязательства.	
§ 37. Очистка.	206
I. Общее понятіе.	206
II. Очистка въ русскомъ законодательствѣ и сенатской практикѣ	207
§ 38. Просрочка должника	211
Глава V. Пренращеніе обязательственныхъ правъ (обязательствъ).	
§ 39. Исполненіе обязательства.	214
§ 40. Замѣна исполненія, новация и другіе способы прекращенія обязательственныхъ правъ (обязательствъ).	218
§ 41. Уступка требованія (цессія) и суброгация	221
§ 42. Недѣйствительность прекращенія обязательства	224
Глава VI. Договорныя обязательства, направленныя на перенесеніе права собственности.	
§ 43. Способъ изученія типичныхъ обязательственныхъ отношеній (институтовъ) и система ихъ изложенія	226
§ 44. Купля-продажа	228
§ 45. Поставка, запродажа и мѣна.	235
I. Поставка	235
II. Запродажа	235
III. Мѣна	238
§ 46. Заемъ и абстрактный договоръ.	240
I. Заемъ.	240
II. Абстрактный долгъ	246
§ 47. Дареніе	248
Глава VII. Договорныя обязательства, направленныя на пользованіе чужою вещью.	
§ 48. Общее понятіе о договорныхъ обязательствахъ, направленныхъ на пользованіе чужою вещью	253
§ 49. Имущественный наемъ и, какъ особый видъ его, аренда.	254

	Стр.
I. Имущественный наемъ.	254
II. Аренда	264
§ 50. Ссуда.	266

Глава VIII. Договорныя обязательства, направленные на пользование чужимъ трудомъ (трудовые договоры).

§ 51. Наемъ услугъ и, какъ особые виды его, наемъ при- . . . слуги и тарифный рабочій договоръ	269
I. Наемъ услугъ (личный наемъ)	269
II. Наемъ домашней прислуги	274
III. Тарифный (коллективный) рабочій договоръ	276
§ 52. Подрядъ	277
§ 53. Порученіе (довѣренность)	281

Глава IX. Договорныя обязательства, направленные на содѣйствіе въ достиженіи благъ и на охрану ихъ.

§ 54. Товарищество	285
§ 55. Поклажа и, какъ особый видъ ея, поклажа въ гости- . . . ницахъ и другихъ заведеніяхъ	289
I. Поклажа	289
II. Поклажа въ гостиницахъ и другихъ заведеніяхъ	293
§ 56. Страхованіе имущества и лицъ	294
I. Страхованіе имуществъ	294
II. Страхованіе лицъ	297

Глава X. Обязательства изъ правонарушеній (право вознагражденія частнаго).

§ 57. Общее понятіе и классификація обязательствъ изъ пра- . . . вонарушеній	298
§ 58. Обязательства изъ правонарушеній: возмѣщеніе вреда, . . . виновно причиненнаго	300
§ 59. Обязательства возмѣщенія вреда, причиненнаго случай- . . . нымъ дѣйствіемъ, дозволеннымъ дѣйствіемъ, безъ . . . нарушенія субъективнаго права или сверхъ причи- . . . неннаго вреда.	303

	Стр.
I. Случайныя дѣйствія	303
II. Дозволенныя дѣйствія и дѣйствія, не нарушающія субъективнаго права	305
III. Вознагражденіе сверхъ причиненнаго вреда (штрафныя обязательства)	306
§ 60. Обязательства изъ нарушенія договора и вообще юридическаго акта	306
Глава XI. Обязательства изъ гражданско-правовой нормы.	
§ 61. Обязательства, восполняющія волю сторонъ (веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія)	309
§ 62. Обязательства, исключаящія волю сторонъ (неосновательное обогащеніе)	310
Часть IV. Семейное право.	
Глава I. Понятіе о семейномъ правѣ и виды семейныхъ правъ.	
§ 63. Построеніе (конструкція) семейнаго права	313
Глава II. Мужняя власть (брачное право).	
§ 64. Возникновеніе мужней власти	315
§ 65. Характеръ и объемъ мужней власти.	320
I. Мужняя власть въ личныхъ отношеніяхъ супруговъ	320
II. Мужняя власть въ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ	324
§ 66. Прекращеніе мужней власти	327
Глава III. Родительская власть (родительское право).	
§ 67. Характеръ родительской власти	330
§ 68. Возникновеніе родительской власти	331
I. Рожденіе въ бракѣ	331
II. Внебрачность рожденія и рожденіе отъ недѣйствительнаго брака	333
III. Усыновленіе и узаконеніе.	334
§ 69. Объемъ родительской власти	336
I. Родительская власть надъ брачными (законными) дѣтьми	336
II. Родительская власть надъ внебрачными, рожденными отъ недѣйствительныхъ браковъ, усыновленными и узаконенными дѣтьми	340

	Стр.
§ 70 Распределение родительской власти	341
I. Распределение родительской власти въ отношеніи дѣтей брачныхъ	, 341
II. Распределение родительской власти въ отношеніи дѣтей внѣбрачныхъ, рожденныхъ отъ недѣйствительныхъ браковъ, усыновленныхъ и узаконенныхъ	343
§ 71. Прекращеніе родительской власти	345

Глава IV. Опекунская власть (опекунское право).

§ 72. Возникновеніе опекунской власти	346
§ 73. Объемъ опекунской власти	350
I. Опекунская власть въ отношеніи личности опекаемаго	350
II. Опекунская власть въ отношеніи имущества опекаемаго	351
§ 74. Отвѣтственность опекуновъ и прекращеніе опекунской власти	353
I. Отвѣтственность опекуновъ	353
II. Прекращеніе опекунской власти	354
§ 75. Виды опеки (попечительство)	354

Часть V. Наслѣдственное право.

Глава I. Понятіе о наслѣдственномъ правѣ.

§ 76. Построеніе (конструкція) наслѣдственного права . . .	357
§ 77. Основныя тенденціи въ развитіи современнаго наслѣдственного права	358
§ 78. Понятіе о наслѣдствѣ; основанія призванія къ наслѣдованію	360

Глава II. Завѣщаніе, какъ основаніе призванія къ наслѣдованію.

§ 79. Понятіе о завѣщаніи; способность лицъ къ составленію завѣщанія и наслѣдованію по завѣщанію	363
I. Понятіе о завѣщаніи	363
II. Способность лица къ составленію завѣщанія (активная завѣщательная способность)	364
III. Способность лица быть наслѣдникомъ по завѣщанію (пассивная завѣщательная способность)	368

	Стр.
§ 80. Форма и содержаніе завѣщанія	369
I. Форма завѣщанія	369
II. Содержаніе завѣщанія	374
§ 81. Обмѣнъ и утвержденіе духовнаго завѣщанія къ испол- ненію	378

Глава III. Законъ, какъ основаніе призванія къ наслѣдованію.

§ 82. Общія положенія о призваніи къ наслѣдованію по за- кону въ русскомъ правѣ	380
§ 83. Призваніе къ наслѣдованію родственниковъ въ линіи нисходящей	383
§ 84. Призваніе къ наслѣдованію родственниковъ въ боко- выхъ линіяхъ	286
§ 85. Призваніе къ наслѣдованію родственниковъ въ линіи восходящей	388
§ 86. Призваніе къ наслѣдованію пережившаго супруга .	391
§ 87. Призваніе къ наслѣдованію казны и особенный поря- докъ наслѣдованія въ случаяхъ, изъ общихъ правилъ изъятыхъ	395

Глава IV. Приобрѣтеніе наслѣдства и послѣдствія приобретенія наслѣдства.

§ 88. Приобрѣтеніе наслѣдства, принятіе и отреченіе отъ него	399
§ 89. Послѣдствія приобретенія (принятія) наслѣдства .	403

Глава V. Отназъ и душеприказчество.

§ 90. Наслѣдованіе и отказъ	407
§ 91. Душеприказчество	409

Приложенія.

I. Нотаріатъ и защита правъ	413
II. Законъ объ увеличеніи предѣльнаго срока найма недвижимыхъ имуществъ	421
III. Краткій указатель учебниковъ и пособій	423
IV. Предметный указатель	425

Зомъченныя опечатки и исправленія

Стр.	Стр.	должно быть	вмѣсто
7	8 сн.	отмѣнены	объявлены
8	4 св.	§ 3	§ 2
12	2 сн.	2	1
22	10 сн.	считаться	считается
72	19 св.	1	10
94	2 сн.	1)	1
98	12 сн.	533	553
103	16 сн.	(выпустить слова):	какъ особаго вида на- ходки
126	4 св.	(выпустить):	1643
131	9 сн.	1563	1553
152	18 св.	20 марта	15 марта
206	7 сн.	§ 37	§ 36
298	9 сн.	X	IX
389	9 св.	93/12	99/12

Часть I.

Общія понятія.

Глава I. Понятіе о гражданскомъ правѣ.

§ 1. Гражданское право въ субъективномъ смыслѣ.

1. Гражданское право есть а) власть человека, какъ гражданина, б) надъ вещами и в) людьми, принадлежащая ему, г) въ большей или меньшей мѣрѣ д) въ силу сложившагося порядка общественной жизни.

а. Власть человека, т. е. возможность, или правомочіе, а не обязанность, безпрепятственно что-либо дѣлать или чего либо не дѣлать съ вещами и людьми. Власть человека, какъ гражданина, т. е. какъ члена гражданского общества, какъ частнаго лица. Поэтому его власть могла бы быть названа частной, въ противоположность публичной власти государства.

Частная власть, или правомочіе, принадлежитъ человеку непосредственно и посредственно. Непосредственно, когда человекъ, осуществляя свою власть самъ лично или черезъ другихъ людей (представителей), прямо связываетъ юридическое дѣйствіе (§ 5. I. 1. а) этой власти съ своимъ именемъ. Такой человекъ называется въ правѣ физическимъ лицомъ (§ 3). Посредственно, когда человекъ, осуществляя власть, прямо связываетъ юридическое дѣйствіе этой власти съ именемъ союза людей или учрежденія. Такой союзъ людей или учрежденіе, а не самъ человекъ, называется въ правѣ юридическимъ лицомъ (§ 4).

б. Надъ вещами, т. е. надъ внѣшнимъ міромъ вещей, точнѣе, надъ тѣми вещами которыя могутъ подлежать власти человека, доступны его обладанію, воздѣйствію (§ 14). Частная власть человека надъ вещами и есть его вещное право.

в. Надъ людьми, т. е. надъ отдѣльными дѣйствіями или надъ личностью людей. Власть надъ отдѣльными дѣйствіями выражается въ правѣ лица требовать отъ человека выполненія какой либо опредѣленной обязанности: что либо дѣлать или чего либо не дѣлать. Эта власть надъ людьми есть обязательственное право. Власть надъ человеческой личностью выражается въ общей зависимости всего человека, а не отдѣльных его дѣйствій, отъ воли другого лица. Такая большая власть надъ человекомъ, въ видѣ исключенія, принадлежитъ лишь однимъ членамъ семьи надъ другими, почему и называется семейнымъ правомъ*). Соответственно власти человека надъ вещами и людьми, различаютъ, такимъ образомъ, вещное, обязательственное и семейное право. Власть человека занять въ правѣ мѣсто другого человека, умершаго или лишеннаго всѣхъ правъ состоянія, и осуществлять принадлежавшую ему власть, какъ свою, есть уже особое право, рѣзко отличающееся отъ трехъ вышеуказанныхъ видовъ—это право наследственное. Оно есть не столько власть человека, сколько особый способъ, или порядокъ приобрѣтенія однимъ лицомъ (наслѣдникомъ) вещной и обязательственной власти другого лица (наслѣдодателя).

г. Въ большей или меньшей мѣрѣ, т. е. власть вещная, обязательственная и семейная имѣютъ не только не одинаковый объемъ, но и разную степень силы своего проявленія. По объему, самая большая власть—вещная, доходящая до уничтоженія самой вещи, самая меньшая—обязательственная, ограничивающаяся лишь опредѣленными дѣйствіями человека, средняя—семейная. По силѣ своего проявленія, власть вещная и семейная одинаково сильны, власть же обязательственная—болѣе слабая. Она нуждается для своего осуществленія во власти опредѣленнаго другого лица (должника) и не исключаетъ власти другихъ лицъ, почему ее называютъ властью посредственной и

*) Опекунская власть называется семейнымъ правомъ по аналогіи съ властью родительской.

относительной. Напротивъ, вещная или семейственная власть не только не нуждается для своего осуществленія во власти другого лица, дѣйствуетъ прямо, непосредственно, но исключаетъ власть всѣхъ другихъ людей, почему и называется властью непосредственной, абсолютной. Такимъ образомъ, уже и сами по себѣ власть вещная, обязательственная и семейная не только совпадаютъ между собою по объему и силѣ своего дѣйствія.

д. Въ силу сложившагося порядка общественной жизни, т. е. порядка, признаваемого у людей по обычаю и закону. Подъ обычаемъ, какъ основаніемъ признанія людьми власти того или другого человека, слѣдуетъ разумѣть незамѣтно укоренившееся въ сознаніи людей убѣжденіе въ правильности и необходимости такого порядка вещей. Подъ закономъ, въ томъ же значеніи основанія частной власти, слѣдуетъ разумѣть велѣніе государственной власти уважать данный порядокъ вещей. Спорно, однако, опирается ли это велѣніе государственной власти на принудительную силу государства или же на сознаніе общества въ необходимости и правильности такого велѣнія. Правильнѣе послѣднее. Принужденіе примѣняется лишь въ исключительныхъ случаяхъ уклоненія людей отъ признанія сложившагося правового порядка вещей въ силу перевѣса своихъ узко понимаемыхъ личныхъ интересовъ надъ интересами общества. Вообще же люди соблюдаютъ законъ въ силу его внутренней необходимости, и въ этомъ отношеніи между закономъ и обычаемъ нѣтъ существеннаго различія.

Такъ какъ порядокъ общественной жизни, сложившійся въ силу обычая и закона, есть основаніе распредѣленія частной власти человека въ обществѣ, то отсюда и гражданское право не можетъ существовать тамъ, гдѣ нѣтъ общества людей.

§ 2. Гражданское право въ объективномъ смыслѣ.

1. *Гражданское право, какъ мѣру частной власти того или другого человека, должно строго отличать отъ правилъ (нормъ), по которымъ эта власть конкретно распределяется и осуществляется въ обществѣ.*

Такъ, напримѣръ, право собственности лица А на какое-либо имущество будетъ гражданскимъ правомъ лица А, т. е. пра-

вомъ въ субъективномъ смыслѣ. Тѣ же нормы, въ силу которыхъ лицо А приобрѣло данное имущество, или такъ или иначе осуществляютъ свое право на это имущество, есть уже гражданское право въ объективномъ смыслѣ. Это потому, что данныя нормы примѣняются не только къ лицу А, но и вообще (объективно) ко всѣмъ другимъ собственникамъ.

2. Поэтому гражданское право въ объективномъ смыслѣ понимаютъ, какъ совокупность нормъ, опредѣляющихъ юридическія отношенія гражданъ между собою.

Юридическими же отношеніями называются въ гражданскомъ правѣ такія частныя или только имущественныя отношенія гражданъ между собою, которыя исключительно основываются на постановленіяхъ права. Такъ, напримѣръ, если лицо А отдастъ въ пользованіе свое имущество Х лицу Б, то такое имущественное отношеніе не будетъ само по себѣ юридическимъ отношеніемъ, а лишь экономическимъ. Это отношеніе приобретаетъ, однако, характеръ юридическаго, поскольку исключительно право, а не экономика, опредѣляетъ права и обязанности лицъ А и Б. Поэтому же гражданское право въ объективномъ смыслѣ понимаютъ еще, какъ совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ частныя или только имущественныя отношенія гражданъ. Наука и законодательство гражданского права имѣютъ своей задачей: первая — изученіе гражданского права въ объективномъ смыслѣ, вторая — созданіе этого права.

Глава II. Лица, какъ субъекты гражданского права.

§ 3. Физическое лицо.

I. Понятіе о физическомъ лицѣ.

1. Лицомъ въ гражданскомъ правѣ называется носитель, или субъектъ права, т. е. съ его именемъ соединяется юридическое дѣйствіе частной власти (§ 1. 1. а).

Напротивъ, животное или рабъ не могутъ быть лицомъ въ правѣ, потому что они сами подлежатъ власти, а не только не имѣютъ

власти. Носителями права будутъ физическое лицо (§ 3) и юридическое лицо (§ 4).

2. *Физическое лицо* (§ 1. 1. а)—это человекъ, съ именемъ котораго связывается юридическое дѣйствіе принадлежащей ему власти, хотя бы и осуществляемой для него другимъ человекомъ.

Поэтому опекунъ и представитель, поскольку они дѣйствуютъ за другого человека, не будутъ лицами того права, которое они осуществляютъ. Напротивъ, ими будутъ опекаемые и представляемые. Въ настоящее время всякій человекъ есть физическое лицо, такъ какъ всякій человекъ, безъ исключенія, можетъ имѣть гражданскія права. Иначе было при существованіи рабства, когда рабъ не могъ имѣть никакого гражданского права. Правда, можно было бы указать и нынѣ на лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія, какъ на людей, которые, повидимому, не имѣютъ гражданскихъ правъ. Такое указаніе будетъ, однако, совершенно не правильно. Лишенные всѣхъ правъ не только не теряютъ своей личности, „но имъ самимъ дозволяется владѣть и пользоваться въ мѣстѣ ссылки своей нѣкоторыми имуществами“, даже недвижимыми (стт. 422, 423 Уст. о ссылк.). Такимъ образомъ, теперь можно говорить лишь объ ограниченіи возможности имѣть для человека какія-либо опредѣленные права, напримѣръ, иностранцамъ имѣть право земельной собственности въ пограничныхъ мѣстностяхъ государства (см. ниже II. 2).

II. Начало физическаго лица.

1. *Если нынѣ всякій человекъ есть физическое лицо (I. 2), то становится онъ этимъ лицомъ лишь съ момента своего рожденія живымъ.*

Рожденіемъ считается полное отдѣленіе ребенка отъ матери, потому что только съ этого момента человекъ пріобрѣтаетъ отдѣльное существованіе. Наше законодательство умалчиваетъ, однако, о полномъ отдѣленіи ребенка отъ матери, какъ окончаніи рожденія ребенка, хотя это само собою и предполагается. Возникаетъ, однако, сомнѣніе, нельзя ли считать началомъ физическаго лица зачатіе человека. Сомнѣніе это находитъ себѣ нѣкоторое подтвержденіе въ п. 2 ст. 1106 т. X ч. 1: „Отъ

права наслѣдованія не устраняются... 2) дѣти, хотя бы онѣ не были еще рождены, но токмо зачаты при жизни отца“. Равнымъ образомъ и п. 2 ст. 119 т. X ч. 1 признаетъ зачатого въ бракѣ рожденнымъ въ бракѣ, хотя бы онъ родился „по прекращеніи или расторженіи брака“*). Такимъ образомъ можно заключить, что человѣкъ, не родившійся, но зачатый, уже получаетъ право наслѣдованія и брачности (фамилію отца и права его состоянія), а слѣдовательно, признается и физическимъ лицомъ. Такое заключеніе будетъ, однако, совершенно не правильнымъ. Зачатый еще не имѣетъ вышеупомянутыхъ правъ. Эти права для него лишь охраняются на случай его рожденія живымъ. Если же онъ родится мертвымъ, то онъ и не получитъ никакихъ правъ. Поэтому же нельзя говорить, что зачатый человѣкъ, но родившійся мертвымъ, потерялъ свои права, ибо онъ никогда ихъ не имѣлъ. Юридическая важность вопроса о томъ, считать ли началомъ физическаго лица рожденіе или зачатіе, легко обнаруживается на слѣдующемъ примѣрѣ. Если зачатый есть уже наслѣдникъ, то, въ случаѣ его рожденія мертвымъ, онъ будетъ все же наслѣдодателемъ, а не его ранѣ умершій отецъ. Между тѣмъ, ни одно законодательство не признаетъ такого порядка вещей. Такимъ образомъ, и по нашему законодательству слѣдуетъ считать за начало физическаго лица только рожденіе, а не зачатіе человѣка. Лишь съ момента рожденія человѣкъ обладаетъ или можетъ обладать гражданскими правами. Въ этомъ же смыслѣ должны быть толкуемы вышеупомянутыя статьи 1106 и 119 т. X ч. 1.

2. Способность человека обладать правами технически называется правоспособностью.

Поэтому названія: „физическое лицо“, „правоспособный“ и просто „живымъ родившійся“ человѣкъ будутъ въ правѣ синонимами. Терминъ „правоспособность“ извѣстенъ и нашему законодательству (ст. 146, т. X ч. 1).

Слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что не всѣ физическія лица обладаютъ правоспособностью. Нѣкоторые изъ нихъ ограничены въ своей правоспособности, въ зависимости отъ слѣдующихъ четырехъ обстоятельствъ: 1) принадлежности къ иностраннымъ го-

*) См. также Улож. о нак., стт. 24, 1451, 1452.

сударствамъ, 2) польскаго происхожденія, 3) исповѣданія іудейской религіи и вообще нехристіанской религіи и 4) принадлежности къ сословію, именно къ крестьянскому. Такимъ образомъ, иностранцы, поляки, евреи, вообще нехристіане и крестьяне не способны имѣть нѣкоторыхъ гражданскихъ правъ. Эти ограниченія (главныя) сказываются въ вещномъ правѣ: въ ограниченіи иностранцевъ, поляковъ и евреевъ пріобрѣтать въ опредѣленныхъ мѣстностяхъ русскаго государства земельную собственность внѣ городовъ и мѣстечекъ или даже осуществлять тамъ вещное право на эту недвижимость путемъ залога или путемъ обходныхъ сдѣлокъ: аренды, довѣренности и другими способами *). Въ обязательственномъ правѣ: ограниченія правоспособности относятся главнымъ образомъ къ лишенію права выдачи векселей крестьянами, не имѣющими недвижимости и не ведущими торговли, и священнослужителями. Ограниченіе это, конечно, существенно. Въ семейномъ правѣ: нехристіане ограничены въ брачной правоспособности по отношенію къ христіанамъ и въ правѣ узаконенія дѣтей. Въ наследственномъ правѣ: ограничены иностранцы въ отношеніи наследованія въ недвижимостяхъ въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ коихъ имъ запрещено пріобрѣтеніе права собственности на недвижимость **). Всѣ узаконенія, ограничивающія правоспособность вышеупомянутыхъ лицъ изложены частью въ примѣчаніяхъ къ ст. 698 т. X ч. 1, частью въ приложеніи къ ст. 830 т. IX, частью въ Уст. о векс. и нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ т. X ч. 1.

III. Конечъ физическаго лица.

1. *Если начало физическаго лица есть рожденіе человека живымъ, то концомъ физическаго лица будетъ прекращеніе жизни человека—смерть.*

*) Впрочемъ, закономъ 1 мая 1905 г. перечисленные ограниченія объявлены для поляковъ въ отношеніи земельной собственности, пріобрѣтаемой поляками у поляковъ. Напротивъ, по по постановленіямъ 1882 г. и 1891 г. и сенатскому разъясненію 89/25 всѣ евреи безъ исключенія подвергнуты вышеприведеннымъ ограниченіямъ и въ чертѣ своей осѣдности и съ исключеніемъ внѣ ея.

**) Напротивъ, это ограниченіе не касается евреевъ (рѣш. общ. собр. 1 и касс. деп. 89/14) и лишь частью касается поляковъ въ отношеніи права завѣщанія.

Смерть прекращаетъ существованіе человѣка въ томъ смыслѣ, что умершій человѣкъ теряетъ всѣ имѣющіяся у него гражданскія права, а вмѣстѣ съ тѣмъ лишается также и правоспособности (§ 2. II. 2).

Возникаетъ, однако, сомнѣніе, не существуетъ ли физическое лицо въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество умершаго остается болѣе или менѣе долгое время безъ наслѣдниковъ, и въ это время происходитъ даже сто увеличеніе. Такое имущество умершаго лица, которое лежитъ въ ожиданіи наслѣдниковъ, называемое „лежащимъ наслѣдствомъ“, какъ-бы свидѣтельствуетъ о томъ, что умершій человѣкъ еще живетъ въ правѣ, т. е. остается физическимъ лицомъ. Иными словами, не слѣдуетъ ли считать за конецъ физическаго лица моментъ перехода имущества умершаго лица къ наслѣдникамъ или казнь, а не смерть человѣка? Теорія гражданского права даетъ на это отрицательный отвѣтъ: она не признаетъ умершаго человѣка физическимъ лицомъ. Признаніе гражданскихъ правъ за умершимъ лицомъ нарушило бы во многомъ современный строй гражданского оборота. Существуетъ, однако, въ наукѣ стремленіе считать лежащее наслѣдство лицомъ юридическимъ, а не физическимъ. Тѣмъ не менѣе, наше законодательство скорѣе даетъ основаніе говорить о наслѣдодателѣ, какъ физическомъ лицѣ. Ст. 215 Уст. гражд. суд. постановляетъ, что „суду предъявляются иски къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ“. И сенатъ допускаетъ такіе иски, разъяснивъ, что въ данномъ случаѣ судъ обязанъ предоставить истцу право просить о назначеніи опекуна (74/829).

2. Такъ какъ смерть есть конецъ физическаго лица, то въ высшей степени важно точно знать моментъ смерти человѣка.

Здѣсь, главнымъ образомъ, имѣется въ виду случай гибели нѣсколькихъ лицъ при какомъ-либо общемъ несчастіи, напримѣръ, при пожарѣ, наводненіи, убійствѣ и т. д. Порядокъ смерти лицъ сильно измѣняетъ наслѣдственные права оставшихся послѣ нихъ преемниковъ. Такъ, наслѣдникъ по завѣщанію, не пережившій завѣщателя, не получитъ наслѣдства, — какъ самъ, такъ и его преемники. Или, если при пожарѣ погибли два родныхъ брата,

оба женатые, то жена пережившаго брата, какъ наслѣдника брата, погибшаго раньше его, получить изъ имущества обоихъ братьевъ свою указную долю. Наоборотъ, та же жена получить свою часть только изъ имущества мужа, если онъ умеръ раньше своего брата или даже въ одинъ и тотъ же моментъ съ нимъ. Нане законодательство не даетъ какихъ либо постановленій на случай невозможности опредѣлить послѣдовательность смерти лицъ, погибшихъ при какомъ-либо общемъ несчастіи. Поэтому у насъ дѣйствуетъ правило о смерти всѣхъ такихъ лицъ въ одинъ моментъ. Это значитъ, что никто изъ погибшихъ въ отношеніи другъ къ другу не будетъ наслѣдникомъ. Поэтому и въ вышеприведенномъ примѣрѣ смерти двухъ братьевъ, ихъ жены получаютъ свои части лишь изъ имущества своихъ мужей. Такое правило, выводимое у насъ на основаніи молчанія закона, называется предположеніемъ (презумпціей) одновременной смерти.

3. Но не только слѣдуетъ знать точно моментъ смерти человека, иногда также крайне необходимо опредѣлить и самый фактъ смерти человека.

Здѣсь имѣются въ виду тѣ случаи, когда человекъ пропалъ безъ вѣсти. Очевидно, фактъ смерти такого человека можно установить только предположительно. Возможны при этомъ два предположенія: 1) человекъ уже умеръ, какъ престарѣлый (предположеніе смерти отъ старости), 2) человекъ умеръ отъ какой либо случайности, болѣзни, несчастія и т. д. и поэтому не даетъ о себѣ вѣсти въ теченіе продолжительнаго срока времени (предположеніе смерти на основаніи продолжительнаго срока неизвѣстности жизни лица). Это послѣднее предположеніе имѣетъ въ виду, что каждый человекъ заботится о своемъ имуществѣ, и если онъ имущество оставляетъ безъ попеченія о немъ на продолжительный срокъ, то тѣмъ самымъ правильно предположить смерть такого человека. Нашъ законъ не знаетъ презумпціи смерти отъ престарѣлости, но устанавливаетъ презумпцію смерти на основаніи истеченія 10 лѣтъ послѣ первой публикаціи о вызовѣ лица, пропавшаго безъ вѣсти. Поэтому, если бы лицо 95 или даже 105 лѣтъ утонуло и не было бы установлена его смерть, то наслѣдники его могутъ по-

лучить его имущество въ собственность не ранѣе 10 лѣтъ, т. е. по крайней мѣрѣ въ то время, когда утонувшему будетъ 105 или 115 лѣтъ. Неправильно будетъ, однако, видѣть презумпцію смерти въ ст. 54 т. X ч. 1, коей предоставляется супругу право просить епархіальное начальство о расторженіи брака и о дозволеніи вступить въ новое супружество, если другой супругъ находится въ безвѣстномъ отсутствіи пять лѣтъ и болѣе. Въ данномъ случаѣ принимается во вниманіе лишь интересъ покинутого супруга. Поэтому же имущество пропавшаго безъ вѣсти супруга еще продолжаетъ быть его собственностью и не наступаетъ наслѣдованія.

4. Случаи безвѣстнаго отсутствія, а равно лишенія всѣхъ правъ состоянія и вступленія въ монашество, не могутъ, однако, считаться въ собственномъ смыслѣ этого слова концомъ физическаго лица.

Безвѣстно отсутствующій изъ мѣста своего постоянного жительства теряетъ, по истеченіи 10 лѣтъ послѣ первой публикаціи о его вызовѣ, свое имущество, извѣстное его наслѣдникамъ, но онъ въ мѣстѣ своего новаго пребыванія можетъ имѣть другое имущество и вообще приобрѣтать другія права.

Равнымъ образомъ, лишенный всѣхъ правъ состоянія не утрачиваетъ своей правоспособности, а лишь теряетъ имѣвшіяся у него до того времени имущественныя права и можетъ лишиться нѣкоторыхъ семейныхъ правъ.—Вступившій въ монашество также теряетъ имѣвшіяся у него семейныя и имущественныя права, но онъ не лишается всей своей правоспособности. Такъ наприм., монашествующія власти могутъ составлять завѣщанія относительно своихъ частныхъ имуществъ (ст. 1025 т. X. ч. 1 и ст. 424 т. IX); вообще всѣмъ монашествующимъ дозволяется покупать или строить на свои средства кельи (ст. 419 т. IX), вносить денежные капиталы въ кредитныя установленія (ст. 424 т. IX).

Такимъ образомъ, всѣ вышеупомянутые случаи лишенія имущественныхъ и нѣкоторыхъ семейныхъ правъ правильнѣе разсматривать не какъ конецъ физическаго лица, а какъ ограниченіе правоспособности человека.

§ 4. Юридическое лицо.

1. Понятіе и виды юридическаго лица.

1. Юридическое лицо—это союзъ или учрежденіе, съ именемъ которыхъ соединяется юридическое дѣйствіе власти, осуществляемой за нихъ людьми въ качествѣ ихъ представителей.

Поэтому представители (органы) юридическаго лица не будутъ лицами того права, которое они осуществляютъ.

2. Существованіе юридическихъ лицъ находитъ себѣ оправданіе въ условіяхъ и потребностяхъ общественной жизни людей.

Осуществленіе власти, соединяемое съ именемъ человѣка, не долговѣчно, такъ какъ не долговѣченъ и самъ человѣкъ. Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, когда желательно въ интересахъ общества сдѣлать частную власть длительной, власть человѣка отдѣляютъ отъ него и соединяютъ съ учрежденіемъ или союзомъ людей. Составъ союза при этомъ мѣняется, обновляется и, такимъ образомъ, союзъ лицъ пріобрѣтаетъ долговѣчность, подобно учрежденію. Независимо отъ краткости осуществленія власти человекомъ, есть и другая, не менѣе важная причина существованія юридическихъ лицъ. Частная власть человѣка отдѣльно взятаго слишкомъ слаба, чтобы всегда удовлетворять потребности человѣка. Поэтому необходимы соединенія людей и капиталовъ, дабы могли быть удовлетворены всѣ потребности человѣка. Такимъ образомъ, краткость жизни человѣка, какъ физическаго лица, и слабость его личныхъ усилій вполне уясняютъ существованіе юридическихъ лицъ. Поэтому же юридическія лица существуютъ и тамъ, гдѣ нѣтъ даже и названія ихъ, какъ напр., въ нашемъ законодательствѣ. Въ ст. 698 т. X. ч. 1 дается примѣрный переченьъ учрежденій и союзовъ, кои могутъ пріобрѣтать права на имущества: дворцовыя управленія, казна, дворянскія общества, города и городскія общества, сельскія общества, а также земскія учрежденія, епархіальныя начальства, монастыри и церкви, кредитныя установленія, богоугодныя заведенія, ученыя и учебныя заведенія, сословія лицъ, какъ-то: товарищества, компаніи, конкурсы. Сенатъ, въ разъясненіе данной статьи, исклю-

чиль изъ ея дѣйствія полки и другія части войскъ, воспретивъ имъ приобрѣтеніе недвижимостей (89/72)*). Напротивъ, артели сенатъ подвелъ подъ дѣйствіе вышеупомянутой статьи (96/72). Толкованіе это нашло себѣ признаніе въ Высоч. утв. 1-го іюня 1902 г. положенія о трудовых артеляхъ (Собр. узак. 1902 г. № 69, ст. 705). Терминъ „юридическое лицо“, вслѣдъ за сенатской практикой, усвоившей его, вводится также Проектомъ (ст. 13).

3. *Такъ какъ потребности человеческой жизни, коими оправдывается существованіе юридическихъ лицъ, суть двоякаго рода: публичныя и частныя, то соответственно этому различаются публичныя и частныя юридическія лица.*

Вышеупомянутая ст. 698 даетъ примѣры тѣхъ и другихъ лицъ.

4. *Частныя юридическія лица бываютъ, въ свою очередь, двухъ видовъ: гражданскія и торгово-промышленныя.*

Торгово-промышленныя юридическія лица называются у насъ товариществами, въ частности компаніями и артелями. Они отличаются отъ гражданскихъ юридическихъ лицъ тѣмъ, что преслѣдуютъ извлеченіе прибыли изъ какого-либо хозяйственнаго предпріятія. Напротивъ, гражданскія юридическія лица не имѣютъ въ виду полученія прибыли, а преслѣдуютъ какую-либо общепольную цѣль, напр., благотворительности, просвѣщенія и т. д. Они называются у насъ обществами и учрежденіями (см. 5).

5. *Наконецъ, гражданскія юридическія лица разпадаются на два вида: общества (союзы лицъ) и учрежденія.*

II. Начало гражданского юридического лица.

1. *Три обстоятельства могутъ считаться началомъ гражданского юридического лица: а) совершеніе акта частной воли, б) внесеніе явленнаго акта частной воли въ особья, офиціальныя книги, в) согласіе государственной власти на актъ частной воли (разрѣшеніе).*

а. Актъ частной воли можетъ быть или соглашеніемъ лицъ или завѣщаніемъ и дареніемъ. Окончаніе совершенія этого

*) За этимъ ограниченіемъ полкъ можетъ, однако, считаться юридическимъ лицомъ въ другихъ отношеніяхъ.

акта и будетъ моментомъ возникновенія юридическаго лица (система самозарожденія). Такое возникновеніе благоприятствуетъ широкому развитію въ жизни юридическихъ лицъ. Тѣмъ не менѣе, въ виду того, что юридическія лица затрагиваютъ интересы не только гражданъ, но и государства, современные законодательства не признаютъ, по общему правилу, возникновенія обществъ и учрежденій въ силу одного акта частной воли. Впрочемъ, швейцарское законодательство дѣлаетъ исключеніе для союзовъ лицъ, не преслѣдующихъ хозяйственныхъ цѣлей въ формѣ торговыхъ предпріятій. Такіе союзы могутъ возникать въ силу одного согласія лицъ.

б. Внесеніе акта частной воли, явленнаго судебнымъ или административнымъ установленіемъ, въ особія книги (регистрація) считается моментомъ возникновенія гражданскаго юридическаго лица потому, что съ этого времени третьи лица могутъ узнать навѣрно о его существованіи. Благодаря же этому, они смѣло вступаютъ съ нимъ въ юридическія отношенія, не опасаясь ошибиться въ немъ, какъ субъектъ права. Такимъ образомъ, гражданское юридическое лицо, возникнувъ путемъ регистраціи, получаетъ внѣшнее, опредѣленное существованіе въ глазахъ гражданскаго общества. Этимъ объясняется, почему современные законодательства признаютъ регистрацію явленнаго акта (система явочная или нормативная) необходимой для возникновенія союзовъ (обществъ). Наше законодательство также вступило на этотъ путь. Закономъ 4-го марта 1906 г. установлено, что общества могутъ возникать путемъ регистраціи при губернскомъ или городскомъ по дѣламъ объ обществахъ присутствіи. Впрочемъ, наша система регистраціи не можетъ быть названа вполне явочной. Присутствіе можетъ отказать въ регистраціи; слѣдовательно, въ концѣ концовъ, требуется разрѣшеніе правительственной власти (см. выше). Напротивъ того, явочная система (но безъ регистраціи) принята у насъ для торговыхъ юридическихъ лицъ (полнаго товарищества и на вѣрѣ). Эти товарищества возникаютъ путемъ внесенія выписки изъ своихъ взаимныхъ постановленій о товариществахъ въ городскую управу, а въ С.-Петербургѣ, Москвѣ и Одессѣ въ купеческую управу, и оновѣщенія о томъ купечества печатными листами (ст. 67 Уст. Торг.).

в. Согласіе государственной власти (разрѣшеніе) на возникновеніе гражданскаго юридическаго лица требуется обыкновенно для учрежденій (система концессионная). Это потому, что учрежденія могутъ оказывать громадное вліяніе на общественную и государственную жизнь. Помимо того, учрежденія и сами по себѣ нуждаются въ болѣе внимательномъ отношеніи къ нимъ со стороны государственной власти. Учрежденія суть „имущества въ общественныхъ цѣляхъ“. О судьбѣ ихъ поэтому прежде всего и должно позаботиться государство*). У насъ требуется также разрѣшеніе власти: законодательной, напр., для возникновенія университета, или въ менѣе важныхъ случаяхъ административной (ср. ст. 981 т. X ч. 1).

2. Такимъ образомъ, моментомъ возникновенія гражданскаго юридическаго лица, по русскому праву, будетъ разрѣшеніе государственной власти: въ скрытомъ видѣ для общества и явномъ—для учрежденій.

3. Въ наукѣ спорно, однако, необходима ли наличность самостоятельнаго имущества во время возникновенія учрежденія?

Правильно дать положительный отвѣтъ, такъ какъ учрежденіе есть прежде всего имущество, а поэтому и учреждать возможно юридическое лицо въ томъ случаѣ, если есть на лицо имущество. Другой вопросъ, можетъ ли возникнуть учрежденіе, если имущества будетъ недостаточно для осуществленія тѣхъ цѣлей, ради которыхъ оно возникаетъ? Государственная власть, разумѣется, можетъ разрѣшить возникновеніе и такого учрежденія, но очевидно также, что это учрежденіе не будетъ дѣйствовать до тѣхъ поръ, пока имущество, путемъ ли нарастанія процентовъ или какими либо другими способами, не получитъ всего надлежащаго для его функціонированія капитала.

Въ стт. 1093 и 981 т. X ч. 1 предусматриваются частные случаи пожертвованія, какъ основанія для возникновенія учрежденій. Слѣдовательно, наше законодательство предполагаетъ наличность имущества для созданія учрежденія. Что касается

*) Имѣется въ виду не только разрѣшеніе, но и утвержденіе устава учрежденія.

недостаточности имущества для возникновенія учрежденія, то это обстоятельство едва ли можетъ служить препятствіемъ для его созданія. Ст. 1093 т. X ч. 1 предоставляетъ правительственной власти право давать пожертвованію въ завѣщаніи „опредѣленное назначеніе“ въ тѣхъ случаяхъ, когда пожертвованіе сдѣлано безъ точнаго указанія предмета употребленія. Это право правительственной власти восполнять волю завѣщателя подчеркиваетъ руководящій принципъ нашего законодательства, его стремленіе сохранять имущества для учреждений. Болѣе того, ст. 986 т. X ч. 1 требуетъ Высочайшаго разрѣшенія для иного назначенія пожертвованія, если бы „употребленіе пожертвованныхъ для опредѣленной надобности казнѣ, земству, городу или какому либо обществу, учрежденію и т. п. имуществъ или капиталовъ, сообразно указанному жертвователемъ назначенію, сдѣлается, по измѣнившимся обстоятельствамъ, невозможнымъ...“. Этимъ исключительнымъ, чрезвычайнымъ порядкомъ измѣненія воли жертвователя—учредителя опять подчеркивается принципъ нашего законодательства—содѣйствовать возникновенію учреждений. На основаніи этого принципа слѣдуетъ признать, что недостаточность имущества, пожертвованнаго для какого либо учрежденія, сама по себѣ не должна служить у насъ препятствіемъ къ возникновенію юридическаго лица. Такимъ образомъ, жизнеспособность юридическаго лица, въ зависимости отъ достаточности имущества для его существованія, не требуется нашимъ правомъ*). Эту же точку зрѣнія проводитъ и Проектъ (ст. 15, мотивы).

1. Съ момента своего возникновенія юридическое лицо такъ же, какъ и физическое лицо, становится способнымъ имѣть права, получаетъ правоспособность.

Ср. § 2. II. 2. Правоспособность юридическаго лица уже, однако, правоспособности физическаго лица, какъ а) въ объективномъ смыслѣ, такъ и б) субъективномъ.

а) Юридическое лицо—не человѣкъ, поэтому оно не можетъ имѣть семейныхъ правъ. Данное положеніе не будетъ поколеблено

*) Наше право не требуетъ также жизнеспособности и для физическаго лица, въ противоположность римскому праву.

тѣмъ, что юридическія лица имѣютъ и личныя права, какъ на-
примѣръ, имя, честь и т. д. б) Но гораздо ѣще правоспособность
юридическаго лица въ субъективномъ смыслѣ. Физическое лицо
можетъ вступать въ самыя разнообразныя юридическія отноше-
нія, оно имѣетъ общую правоспособность. Между тѣмъ, какъ
юридическое лицо можетъ осуществлять свою правоспособность
въ предѣлахъ, очерченныхъ его цѣлью. Отсюда каждое юриди-
ческое лицо, въ зависимости отъ своей цѣли, имѣетъ свою спе-
ціальную правоспособность. На этой точкѣ зрѣнія правильно
стоитъ и наша судебная практика (рѣш. Касс. Деп. Пр. Сената
отъ 29 окт. 1908 г., 06/3, 82/42, 80/246 *). Очевидно, универси-
тетъ не можетъ, на примѣръ, расходовать своихъ средствъ на
сборъ для возстановленія въ Россіи флота, т. к. университетъ,
какъ юридическое лицо, имѣетъ специальную цѣль — развитіе
науки и сообщеніе высшаго знанія населенію страны. Напротивъ, въ
правѣ жертвовать на флотъ никто не можетъ отказать ф и з и ч е с к о-
му лицу, обладающему общею правоспособностью.

III. Конецъ гражданскаго юридическаго лица.

*1. Концомъ гражданскаго юридическаго лица будетъ
закрытіе общества или учрежденія, которое наступаетъ
въ силу определенныхъ причинъ.*

Таковыми причинами будутъ: 1) прекращеніе дѣятельности
юридическаго лица правительствомъ въ случаяхъ отклоненія юри-
дическаго лица отъ преслѣдуемыхъ имъ цѣлей, 2) достиженіе
цѣли, ради которой возникло юридическое лицо, 3) наступленіе
срока, если юридическое лицо возникло на опредѣленный срокъ,
4) потеря имущества и, въ частности, несостоятельность (82/42),
5) выбитіе всего наличнаго состава изъ общества и 6) поста-
новленіе общаго собранія членовъ общества.

*2. Чрезвычайно важно предусмотрѣть въ уставѣ юри-
дическаго лица судьбу оставшагося послѣ него имущества.*

Со смертію ~~физическаго~~ лица судьба его имущества опре-
дѣляется или завѣщаніемъ или порядкомъ законнаго наслѣдова-

*) М. Я. Пергаментъ. Къ вопросу о правоспособности юриди-
ческаго лица. СПб. 1909 г. (См. Право, №№ 9 и 10 за 1909 г.).

нія. Въ противоположность этому, судьба имущества юридическаго лица должна быть заранее предусмѣтрѣна его учредителями. Имуществу, по общему правилу, дается правительственной властью другое назначеніе (ст. 986 т. X ч. 1). При этомъ, согласно закону 4 марта 1906 г., имущество общества поступаетъ въ распоряженіе правительственной власти для назначенія его соотвѣтственно ближайшимъ цѣлямъ даннаго общества. Однако, въ видѣ исключенія, имущество общества, служившее для личныхъ выгодъ и удобствъ его членовъ, дозволяется распредѣлять поровну между всѣми членами, входящими въ составъ общества во время его закрытія (т. XIV, по продолженію 1906 г. Уст. пред. и прес. прест. ст. 118¹, прил. ст. 29). Разумѣется также, что члены общества, прекращая его дѣятельность добровольно, могутъ распорядиться и его имуществомъ по своему желанію (ст. 2188 т. X ч. 1).

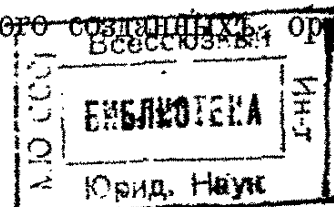
Глава третья. Юридическій актъ (сдѣлка).

§ 5. Понятіе о юридическомъ актѣ (сдѣлкѣ) и виды юридическихъ актовъ (сдѣлокъ).

І. Понятіе о юридическомъ актѣ (сдѣлкѣ).

1. Лицо (физическое и юридическое) обладаетъ властью (правомочіями), но чтобы осуществлять свою власть, оно должно для этого: а) дѣйствовать, б) согласно своей воли, в) въ формѣ выраженія ея во внѣ.

а. Дѣйствовать, т. е. совершать такія дѣйствія въ цѣляхъ осуществленія своей власти, которыя влекутъ за собою юридическія послѣдствія (§ 5. І. 2). Эта способность лица осуществлять власть называется дѣеспособностью. Ее надо строго отличать отъ способности лица имѣть права,—правоспособности (§ 3. ІІ. 2). Напр., душевнобольной будетъ правоспособенъ, а не дѣеспособенъ. Не всегда, однако, лицо обладаетъ собственною дѣеспособностью. Такъ, юридическія лица сами по себѣ не имѣютъ дѣеспособности, но они получаютъ ее искусственно въ лицѣ общаго собранія, правленія и вообще въ лицѣ представителей, какъ спеціально для того созданныхъ органовъ



юридическаго лица. Напротивъ, физическія лица, по общему правилу, имѣютъ собственную дѣеспособность. Однако, во 1-хъ, они могутъ осуществлять власть и при посредствѣ чужой дѣеспособности (представителей) и, во 2-хъ, не всѣ физическія лица имѣютъ собственную дѣеспособность. Такъ, гражданское законодательство, въ силу опредѣленныхъ обстоятельствъ, совершенно не признаетъ за нѣкоторыми физическими лицами ихъ собственной дѣеспособности. Эти обстоятельства: 1) дѣтскій возрастъ, 2) душевная болѣзнь.

1) Такъ, по германскому уложенію, дѣти до 7 лѣтъ совершенно недѣеспособны. У насъ же, согласно ст. 219 и 260 т. X ч. 1, признаются совершенно недѣеспособными дѣти до 14 лѣтъ. Только достигшій 14 лѣтъ впервые пріобрѣтаетъ очень ограниченную дѣеспособность, именно, онъ можетъ „самъ испросить себѣ попечителя для совѣта и защищенія во всѣхъ дѣлахъ“, въ качествѣ опекуна*). Согласно, однако, сенатскому разъясненію (85/64), дѣйствія малолѣтнихъ дѣтей признаются юридически дѣйствительными, если эти дѣйствія совершены малолѣтнимъ съ вѣдома и разрѣшенія опекуна, или попечителя, или его родителей, какъ природныхъ опекуновъ (71/442, 75/247). Поэтому пятилѣтній ребенокъ, купившій въ лавкѣ керосинъ съ вѣдома родителей, способенъ совершить покупку юридически дѣйствительную. Слѣдовательно, сенатъ считаетъ дѣеспособными, съ разрѣшенія и съ вѣдома опекуновъ, попечителей и родителей, всѣхъ малолѣтнихъ, которые сознательно могутъ совершать дѣйствія.

2) Что касается душевной болѣзни, то наше законодательство признаетъ совершенно недѣеспособными лишь тѣхъ душевнобольныхъ, болѣзнь которыхъ установлена въ официальномъ порядкѣ (стт. 368—374 т. X ч. 1), до тѣхъ поръ, пока официально же не будетъ признано ихъ выздоровленіе (ст. 378 т. X ч. 1). Безъ официального же признанія душевно-больные предполагаются дѣе-

*) Слѣдовательно, въ сущности продолжается недѣеспособность. Признаніе ограниченной дѣеспособности начинается поэтому позже, именно у насъ съ достиженіемъ 17 лѣтъ (ст. 220 т. X ч. 1, см. ниже). См., однако, ст. 149 (необходимо согласіе лица, достигшаго 14 лѣтъ, для его усыновленія); Уст. о ссылкѣ, ст. 256 и Уст. кред. ст. 38 въ т. XI ч. 2 (право дѣлать вклады въ ссудо-сберегательныя кассы и распоряжаться этими вкладами безъ согласія опекуна).

способными, и ихъ недѣеспособность въ каждомъ отдѣльномъ юридическомъ дѣйствіи должна доказываться особо. Такъ напримѣръ, необходимо будетъ доказывать, что духовное завѣщаніе составлено не въ здоровомъ умѣ и твердой памяти (ст. 1017, т. X ч. 1), если возникло сомнѣніе въ душевномъ здоровіи завѣщателя*).

Отъ обстоятельствъ, въ силу которыхъ гражданское право не признаетъ за дѣтьми и душевнобольными ихъ дѣеспособности, нужно строго отличать обстоятельства, лишь ограничивающія собственную дѣеспособность нѣкоторыхъ физическихъ лицъ. Эти главныя обстоятельства: 1) несовершеннолѣтній возрастъ, 2) разстройство имущества, 3) физическая болѣзнь и 4) замужество.

1) Въ отличіе отъ непризнанія за дѣтьми ихъ собственной дѣеспособности, ея ограниченіе для несовершеннолѣтнихъ выражается въ томъ, что послѣдніе, по достиженіи 17 лѣтъ, до 21 года могутъ сами совершать юридическія дѣйствія, но всякій разъ (72/1092, 75/981, 86/49) съ согласія попечителя и притомъ письменнаго**). Такимъ образомъ, для совершенія юридическихъ дѣйствій требуется, по общему правилу, участіе и достигшаго 17 лѣтъ, и попечителя. Что же касается признанія за достигшими 17 лѣтъ ихъ собственной частичной дѣеспособности, не ограничиваемой согласіемъ попечителя, то она имѣетъ мѣсто, по выраженію закона (ст. 220 т. X ч. 1), въ управленіи имѣніемъ. Это значитъ, что въ предѣлахъ управленія

*) Т. наз. „свѣтлые промежутки“ (временное просвѣтленіе сознанія душевнобольного) не предусмотрены нашимъ законодательствомъ. Такъ какъ душевнобольные, пока ихъ болѣзнь не признана въ официальномъ порядкѣ, предполагаются здоровыми, то очевидно, что рѣчь можетъ идти только о „свѣтлыхъ промежуткахъ“ для больныхъ, душевная болѣзнь которыхъ установлена официально (путемъ освидѣтельствованія въ губернскомъ присутствіи для крестьянъ и признанія болѣзни сверхъ того сенатомъ для другихъ сословій). Сенатъ, въ своемъ толкованіи ст. 378 т. X ч. 1, не признаетъ возможности доказательства „свѣтлыхъ промежутковъ“ (01/120).

**) Такъ какъ согласіе попечителя не можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей (69/680, 75/349), то безъ письменнаго согласія юридическій актъ легко можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ.

своимъ недвижимымъ имуществомъ достигшій 17 лѣтъ можетъ совершать юридическія дѣйствія одинъ безъ согласія попечителя. Сенатъ исчисляетъ эти дѣйствія: искать и отвѣчать на судѣ (73/1355 и др.), отчуждать движимость (69/324 и др.), приобрѣтать ее на наличныя деньги (71/596), позволять отдачу своихъ вещей въ залогъ (?) (74/670), получать проценты съ своего капитала (71/858), расписываться въ полученіи денегъ, причитающихся по имѣнію (80/98), уничтожать довѣренности по управленію его дѣлами (75/928), отыскивать свое имущество изъ неправильнаго владѣнія (73/194) и т. д. Такое перечисленіе само по себѣ не достигаетъ, однако, цѣли, т. к. кругъ юридическихъ дѣйствій по управленію имѣніемъ, конечно, трудно опредѣлить въ точности. Нашъ же законъ какъ разъ поступаетъ обратно: онъ старается указать на то, чего не можетъ дѣлать достигшій 17 лѣтъ безъ согласія попечителя (ст. 220 т. X ч. 1). При этомъ законъ, въ частности, запрещаетъ продажу и закладъ недвижимаго имѣнія или заемъ безъ согласія и подписи попечителей и опекуновъ (ст. 770 т. X ч. 1). Правильнѣе, однако, предоставить суду каждый разъ опредѣлять, требовали ли согласія попечителя интересы достигшаго 17 лѣтъ. Кромѣ того, неправильно признавать юридическое дѣйствіе такого лица недѣйствительнымъ, если оно совершено въ явныхъ его интересахъ (иначе нашъ законъ).

2) Разстройство имущества выражается двояко: въ видѣ расточительства и несостоятельности. Расточители не могутъ совершать самостоятельно тѣ юридическія дѣйствія, которыя ведутъ къ отчужденію имущества (ст. 1383 т. X ч. 1). Впрочемъ, сенатъ идетъ дальше (98/104) и приравниваетъ недѣеспособность расточителей къ недѣеспособности малолѣтнихъ, т. е. признаетъ полную опеку надъ расточителемъ. Однако, съ небольшими ограниченіями, расточители, увѣдомляя опекунское учрежденіе, могутъ самостоятельно искать и отвѣчать на судѣ (ст. 20 Уст. гр. суд.), какъ, равнымъ образомъ, и опекуны надъ расточителями могутъ самостоятельно искать и отвѣчать по имущественнымъ дѣламъ расточителя безъ его согласія (90/66, contra 73/801). Несостоятельныя не лишаются также собственной дѣеспособности въ области личныхъ отношеній (82/167) и имущественныхъ, поскольку это не необходимо для огражденія имущественныхъ правъ и интересовъ ихъ кредиторовъ, участвующихъ въ конкурсѣ (96/19,

03/22). Но ограниченіе ихъ дѣеспособности выражается въ томъ, что конкурсное управленіе, во-первыхъ, можетъ совершать юридическіе акты самостоятельно и, во-вторыхъ, оно можетъ опровергнуть юридическіе акты, совершенные несостоятельнымъ, если оно найдетъ ихъ вредными для себя. Слѣдовательно, юридическіе акты несостоятельнаго сами по себѣ вообще дѣйствительны, хотя и опровержимы. Поэтому прямое постановленіе ст. 770 т. X ч. 1: „запрещается писать и совершать отъ имени.... несостоятельныхъ должниковъ.... всякіе вообще акты объ имѣніи или займахъ....“, не согласуется съ сенатскими разъясненіями *).

3) Что касается физической болѣзни, то здѣсь прежде всего имѣетъ мѣсто ограниченіе дѣеспособности лишь фактическое, поскольку физически больной не въ состояніи совершать дѣйствія самъ лично, а вынужденъ прибѣгать къ содѣйствію другихъ лицъ (представителей). Юридическое же значеніе имѣютъ тѣ случаи, когда лица, имѣющія физическіе недостатки, напримѣръ глухонѣмые и нѣмые, должны имѣть попечителей, если, по достиженіи совершеннолѣтія, будетъ признано, что они не могутъ „управлять и распоряжаться своимъ имуществомъ наравнѣ съ прочими совершеннолѣтними“ (ст. 381 т. X ч. 1).

4) Замужняя женщина ограничена въ своей дѣеспособности, главнымъ образомъ на Западѣ. У насъ же имѣется немного ограниченій ея дѣеспособности. Она въ гражданскомъ правѣ не можетъ выдавать векселей безъ согласія мужа (ст. 2 Уст. о векс.), а равно не въ правѣ безъ согласія мужа вступать въ договоръ личнаго найма (ст. 2202 т. X ч. 1). При чемъ, за мужемъ сохраняется возможность нарушить договоръ личнаго найма, несмотря на данный имъ женѣ отдѣльный видъ (71/504), за исключеніемъ найма жены на фабричныя работы (ст. 90 Уст. пром.).

Объ ограниченной дѣеспособности юридического лица можно говорить постольку, поскольку оно нуждается всегда въ органѣ представительства и не имѣетъ, поэтому, собственной дѣеспособности, свойственной физическому лицу, какъ человѣку, обладающему волею.

*) Объ ограниченіи дѣеспособности привычныхъ пьянству впервые говорить Проектъ (п. 4 ст. 7).

б. *Если дѣйствіе лица есть выраженіе воли; то, очевидно, эта воля лежитъ въ основѣ осуществленія власти лица.* Въ наукѣ спорно, однако, есть ли воля лица творческій факторъ въ томъ смыслѣ, что юридическія послѣдствія дѣйствій лица суть исключительно результатъ воли лица? Другими словами, не наступаютъ ли юридическія послѣдствія только потому, что того „захотѣла“ и поскольку „захотѣла“ воля лица (субъективная теорія)? Этой теоріи субъективной, признающей личность человѣка творческой самой по себѣ, необходимо противопоставить тотъ фактъ, что воля лица опирается на опредѣленный гражданскій порядокъ, и этотъ то порядокъ опредѣляетъ творческую волю лица. Иными словами, юридическія послѣдствія дѣйствія лица вытекаютъ изъ правового порядка, поскольку то опредѣляетъ правовой порядокъ (теорія объективная). Болѣе правильна будетъ, однако, та теорія, которая представляетъ собою соединеніе двухъ началъ: воли и правового порядка, какъ творческихъ началъ, коими опредѣляются юридическія послѣдствія дѣйствія лица. Поэтому, выставляя общее положеніе, что лицо, осуществляя свою власть, дѣйствуетъ согласно своей волѣ, слѣдуетъ понимать волю человѣка въ смыслѣ творческаго начала, поскольку эта воля сама творитъ правовой порядокъ и въ свою очередь опредѣляется правовымъ порядкомъ.

в. *Лицо дѣйствуетъ согласно своей волѣ въ формѣ выраженія ея вовнѣ, т. е. въ такомъ видѣ, въ которомъ она доступна для сознанія третьихъ лицъ.* Такимъ выраженіемъ воли будутъ не только какія бы то ни было дѣйствія человѣка, не только письменное изложеніе, слова, мимика, но и молчаніе (§ 6. I. 1. в.). Въ послѣднемъ случаѣ выраженіе воли будетъ имѣть мѣсто, когда лицо можетъ и обязано говорить, но молчитъ. Напримѣръ, молчаливое присутствіе родителей во время брака ихъ дитяти есть выраженіе ихъ воли—согласія на бракъ дитяти.

2. *Такимъ образомъ, дѣйствуя путемъ выраженія своей воли во внѣ, лицо производитъ юридическія послѣдствія.*

Подъ юридическими послѣдствіями слѣдуетъ разумѣть возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе власти, или правомочія лица. Такъ, осуществляя свою власть, напримѣръ право собственности, лицо можетъ посредствомъ изъявленія своей воли

подарить имущество (прекращение). Но указанные юридическія послѣдствія могутъ возникать только при тѣхъ условіяхъ, если 1) воля лица, выраженная во внѣ, направлена непосредственно на то или другое юридическое послѣдствіе и 2) если такое выраженіе воли дозволено гражданскимъ правомъ (§ 6. I. 2. г.). Поэтому дареніе имущества не повлечетъ за собою прекращенія права собственности, если 1) воля лица была направлена на залогъ этого имущества или 2) если подаренное имущество будетъ родовымъ (§ 14. 2. б.).

3. Принимая во вниманіе все вышесказанное, слѣдуетъ опредѣлить юридическій актъ, какъ волеизъявленіе, дозволенное и непосредственно направленное на какія-либо юридическія послѣдствія, т. е. на возникновеніе, измѣненіе или прекращеніе права лица.

Самое названіе юридическій актъ — терминъ болѣе точный, чѣмъ юридическая сдѣлка. Послѣдняя предполагаетъ выраженіе воли двухъ сторонъ (сдѣлка), между тѣмъ какъ первый обнимаетъ безразлично какъ выраженіе воли двухъ сторонъ, такъ и выраженіе воли одной стороны. Поэтому названіе завѣщанія, какъ волеизъявленія одной стороны, юридической сдѣлкой, будетъ не точно. Отсюда правильнѣе пользоваться общимъ терминомъ юридическій актъ, чѣмъ юридическая сдѣлка. Это тѣмъ болѣе, что нашему законодательству неизвѣстно названіе „юридической сдѣлки“. Къ сожалѣнію, проектъ гражданского уложенія (ст. 56) не только признаетъ терминъ сдѣлки, но и вводитъ новое затрудненіе, поимая подъ актомъ исключительно письменный документъ, совершаемый при участіи присутственных мѣстъ или должностныхъ лицъ (мотивы къ ст. 58).

II. Виды юридическихъ актовъ (сдѣлокъ).

1. Юридическіе акты различаются: односторонніе и двусторонніе, 2) безмездные (дарственные) и возмездные и 3) между живыми и на случай смерти.

Односторонній юридическій актъ есть волеизъявленіе одной стороны, напримѣръ, завѣщаніе; двусторонній же актъ есть волеизъявленіе двухъ сторонъ, именно „сдѣлка“, напримѣръ, купля-продажа. Безмездный актъ есть такое волеизъявленіе, въ кото-

ромъ лишь одна сторона получаетъ выгоду, какъ на примѣръ, при завѣщаніи, отказѣ, дареніи. Напротивъ, возмездный актъ есть такое волеизъявленіе, въ которомъ каждая сторона получаетъ взаимнѣй предоставляемой съ ея стороны выгоды другому лицу, выгоду отъ этого лица, на примѣръ, купля-продажа. Юридическій актъ между живыми есть такое волеизъявленіе, которое имѣетъ силу уже при жизни одной или двухъ сторонъ, эту волю выразившихъ. Напротивъ, волеизъявленіе на случай смерти получаетъ силу только послѣ смерти лица, совершившаго актъ, и до нея можетъ быть отмѣнено, на примѣръ, завѣщаніе.

§ 6. Принадлежности юридическихъ актовъ (сдѣлокъ).

1. Необходимыя принадлежности.

1. Подъ именемъ принадлежностей юридическихъ актовъ (сдѣлокъ) слѣдуетъ разумѣть условія дѣйствительности актовъ (сдѣлокъ). При этомъ различаются: принадлежности необходимыя, обыкновенныя и случайныя.

2. Необходимыми принадлежностями будутъ такія условія, безъ соблюденія которыхъ юридическій актъ не дѣйствителенъ. Такія принадлежности: а) наличность дѣеспособности изъявляющаго волю, б) выраженіе дѣйствительной (истинной) воли, в) надлежащее выраженіе воли и г) возможное и дозволенное послѣдствіе, на которое направлена воля.

Наши гражданскіе законы не даютъ общихъ указаній на необходимыя или, какъ можно ихъ назвать, существенныя принадлежности юридическихъ актовъ (сдѣлокъ). Лишь обращаясь къ отдѣльнымъ постановленіямъ нашего законодательства и сенатской практики, возможно установить необходимыя принадлежности юридическихъ актовъ (сдѣлокъ) по нашему праву.

а. О наличности дѣеспособности см. выше § 5, I. 1. а. Какъ общее правило, требуется при этомъ, чтобы изъявляющее волю лицо, дѣеспособное само по себѣ, имѣло дѣеспособность къ совершенію именно того акта, на который направлена воля лица.

б. Отсутствіе въ юридическомъ актѣ дѣйствительной (истинной) воли называется обыкновенно „пороками воли“. Не

будетъ изъясненія дѣйствительной (истинной) воли въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) лицо, выражая волю, не желаетъ, чтобы его волеизъявленіе влекло какія бы то ни было юридическія послѣдствія. Напримѣръ, лицо ради шутки продаетъ свой домъ (симулированный, мнимый актъ). 2) Лицо, изъясняя свою волю, желаетъ, чтобы наступило юридическое послѣдствіе, но не то, которое есть слѣдствіе даннаго волеизъявленія, а другое, которое скрыто въ данномъ волеизъявленіи. Напримѣръ, лицо продаетъ домъ, но имѣетъ своей цѣлью, продавая домъ за ничтожную сумму, совершить дареніе (притворный, по терминологіи сената, или скрытый юридическій актъ). 3) Лицо, выражая свою волю, желаетъ, чтобы его волеизъявленіе влекло именно то юридическое послѣдствіе, на которое его волеизъявленіе направлено, но котораго оно не желало бы, если бы вполнѣ ясно сознавало все значеніе этого послѣдствія. При этомъ, если отсутствіе надлежащаго сознанія проистекаетъ изъ неправильныхъ представленій лица, то будетъ имѣть мѣсто заблужденіе (ошибка), если же такое заблужденіе вызвано злымъ умысломъ противной стороны, то будетъ обманъ. 4) Если лицо, выражая свою волю, не желаетъ юридическаго послѣдствія, на которое направлена его воля, и тѣмъ не менѣе выражаетъ эту волю, принуждаемое къ тому физическимъ насиліемъ или угрозой (психическимъ насиліемъ), то это будетъ принужденіе. Нашъ сенатъ отличаетъ мнимые юридическіе акты отъ притворныхъ: „Тогда какъ сдѣлки мнимыя... подлежатъ безусловному уничтоженію по суду (въ виду отсутствія существеннаго элемента...), сдѣлки притворныя, прикрывающія собою другое, дѣйствительно состоявшееся между сторонами договорное соглашеніе, подлежатъ уничтоженію лишь въ томъ случаѣ, если сила такового соглашенія не охраняется закономъ; если же оно само по себѣ закону не противно, то сдѣлка не уничтожается, а лишь прикрываемое ею соглашеніе обсуждается по правиламъ о томъ договорѣ, которому оно по своимъ законнымъ признакамъ соотвѣтствуетъ“. Такъ наприм., если будетъ признано судомъ, что подъ видомъ продажи движимаго имущества былъ заключенъ заемъ съ залогомъ этого имущества, то такой договоръ долженъ обсуждаться по правиламъ о займѣ и обезпеченіи займа (01/45, 05/105). Такимъ образомъ, притворные акты не всегда будутъ недѣйствительны, какъ

то имѣть мѣсто въ отношеніи актовъ мнимыхъ. Что касается заблужденія (ошибки), то сенатъ (90/9) предоставляетъ суду право опредѣлять въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, насколько было существенно заблужденіе (ошибка), и соотвѣтственно этому признавать или не признавать дѣйствительность юридическаго акта *). Въ частности, существенное заблужденіе (ошибка) возможно въ лицѣ (ст. 1026 т. X ч. 1), въ объектѣ или предметѣ, на который направленъ юридическій актъ (та же статья), въ качествѣ и количествѣ предмета юридическаго акта (90/0 и 84/38, 95/14). Тѣмъ болѣе юридическій актъ будетъ недѣйствителенъ, если въ основѣ существеннаго заблужденія (ошибки) будетъ лежать обманъ (01/86, 90/9, 83/78, 78/129). Что же касается, наконецъ, принужденія, то стт. 700—703 т. X ч. 1 прямо ставятъ дѣйствительность юридическихъ актовъ въ зависимость отъ „непринужденнаго произвола и согласія“: „Принужденіе бываетъ, когда кто либо, бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательства насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество“ (ст. 702). При этомъ законъ требуетъ заявленія пострадавшаго о принужденіи не позже недѣли околнымъ людямъ или мѣстной полиціи (ст. 703). Сенатъ, однако, разъяснилъ, что лицо, не заявившее въ теченіе семи дней о совершеніи или выдачѣ имъ акта по принужденію, имѣетъ право доказывать его недѣйствительность до истеченія уголовной давности (76/398) ***). Вопросъ о принужденіи въ нашей юридической литературѣ споренъ: будетъ ли недѣйствителенъ юридическій актъ, согласно ст. 702, если принужденіе было не физическое (не „бывъ захваченъ во власть другого“), а психическое (нравственное, путемъ угрозъ),

*) Юридическіе акты, совершенные безъ выраженія дѣйствительной воли и перешедшіе въ руки третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, будутъ, однако, согласно принципу гражданскаго оборота, дѣйствительными, наприм. вексель. Въ этомъ случаѣ интересъ третьяго лица, не знающаго о томъ, что приобретаемый имъ юридическій актъ пороченъ, предпочитается интересу лица, создавшаго этотъ актъ безъ дѣйствительной на то воли. Иначе былъ бы поколебленъ гражданскій оборотъ.

**) Т. е. десятилѣтней давности въ данномъ случаѣ.

или косвенное (если кто воспользовался опасностью, грозившей другому лицу), или, наконецъ, если принужденіе будетъ не уголовно-наказуемымъ? Побѣдоносцевъ понимаетъ узко ст. 702, между тѣмъ какъ Мейеръ, Шершеневичъ и нѣкоторые другіе наши цивилисты толкуютъ ее широко. Такое же широкое толкованіе статьи высказалъ и сенатъ въ рѣшеніи 01/21: „По смыслу стт. 700—702 подъ принужденіемъ, нарушающимъ свободу произвола и согласія при заключеніи сдѣлки, разумѣется не одно только насильственное, физическое воздѣйствіе, наказуемое уголовнымъ закономъ, но и нравственное принужденіе посредствомъ угрозъ, возбуждающихъ серьезный страхъ предъ настоящимъ или будущимъ дѣйствительнымъ зломъ“. Впрочемъ, въ прежнихъ рѣшеніяхъ сенатъ держался иной практики. Проектъ гражданского уложенія идетъ еще далѣе: онъ признаетъ косвенное принужденіе, приравнивая его, однако, къ обману: „Когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащей ему властью или оказываемымъ ему довѣріемъ, либо пользуясь слабостью воли, нуждою или несчастіемъ другого, заключить съ нимъ чрезмѣрно невыгодную для него сдѣлку“ (ст. 64).—

в. Подъ именемъ надлежащаго выраженія воли слѣдуетъ понимать надлежащую форму выраженія ея. Наши гражданскіе законы не даютъ также общихъ принциповъ для опредѣленія надлежащей формы юридическаго акта. Однако, ст. 707 т. X ч. 1 для укрѣпленія правъ на имущество требуетъ совершенія крѣпостныхъ, нотаріальныхъ, явочныхъ, или домашнихъ актовъ, или даже ограничивается требованіемъ передачи имущества или ввода во владѣніе. Ст. же 711 т. X ч. 1 устанавливаетъ, что движимыя имущества могутъ быть пріобрѣтаемы „законными способами, безъ всякихъ письменныхъ актовъ, по однимъ словеснымъ договорамъ и соглашеніямъ“. Такимъ образомъ, наше законодательство надлежащимъ выраженіемъ воли, направленной на пріобрѣтеніе имущества, считаетъ: 1) письменную форму, 2) просто дѣйствіе (передачу имущества) и 3) словесную форму. При этомъ наше законодательство не даетъ общаго указанія, какіе юридическіе акты требуютъ письменной формы и какіе словесной формы, но отсылаетъ къ книгѣ IV, въ которой при каждомъ юридическомъ актѣ требованіе формы означено въ отдѣльности (прим. къ ст. 571 т. X ч. 1). О молчаніи, какъ особой формѣ выраже-

нія воли, см. выше § 5. I. 1. в. Такимъ образомъ, отсутствіе въ нашемъ законодательствѣ общихъ принциповъ, опредѣляющихъ форму юридическихъ актовъ, крайне затрудняетъ изученіе гражданскаго права. Несоблюденіе надлежащей формы вліяетъ двоякимъ образомъ на дѣйствительность юридическаго акта. Форма можетъ имѣть значеніе „корпуса акта“. Это значитъ, что если форма не соблюдена, то нѣтъ и самаго акта. Напримѣръ, при завѣщаніи корпусомъ даннаго юридическаго акта будетъ письменная форма (ст. 1023 т. X ч. 1). Форма можетъ имѣть, однако, и болѣе слабое значеніе для дѣйствительности юридическаго акта. Такъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ требуетъ письменной формы, не ставя ее корпусомъ акта, несоблюденіе письменной формы дѣлаетъ невозможнымъ доказываніе юридическаго акта свидѣтельскими показаніями, но самъ по себѣ юридическій актъ дѣйствителенъ и можетъ быть доказываемъ какими либо иными письменными доказательствами. Такъ, напримѣръ, заемъ по нашему законодательству требуетъ письменной формы. Однако, если бы заемъ былъ совершенъ безъ соблюденія письменной формы, существованіе такого займа нельзя было бы подтвердить лишь свидѣтельскими показаніями, но его можно доказать, напримѣръ, письмами, въ коихъ должникъ упоминаетъ о своей обязанности уплатить взятыхъ денегъ въ долгъ.

г. *Юридическое послѣдствіе, на которое направлено волеизъявленіе, должно быть возможнымъ и дозволеннымъ.* Поэтому будетъ недѣйствительнымъ тотъ юридическій актъ, юридическое послѣдствіе котораго невозможно или вообще такъ не ясно опредѣлено по предмету и содержанію, что нѣтъ возможности его исполнить. Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ общихъ постановленій и по вопросу о невозможныхъ юридическихъ послѣдствіяхъ (см., однако, частное постановленіе въ ст. 2151 т. X ч. 1). Равнымъ образомъ юридическій актъ будетъ недѣйствителенъ, если: 1) его содержаніе, или 2) его мотивъ (кавза), или 3) его цѣль противны закону, нравственности или общественному порядку, т. е. будутъ недозволенными. Правда, нашъ законъ въ стт. 571, 1530, 1029, 2151, 1529 (содержаніе договора), 1666, 2014 (основаніе, или кавза договора) и 1528, 1529 (цѣль договора) т. X ч. 1 имѣетъ въ виду только договоръ, но сенатъ расширяетъ область примѣненія, относя постановленія вышеуказанныхъ статей ко всѣмъ юридическимъ актамъ.

II. Обыкновенныя принадлежности.

1. Подъ именемъ обыкновенныхъ принадлежностей юридическихъ актовъ (сдѣлокъ) должно разумѣть такія условія ихъ дѣйствительности, которыя могутъ быть сторонами не упомянуты при заключеніи юридическихъ актовъ, какъ предполагающіяся сами собою, или даже могутъ быть исключены по желанію сторонъ безъ того, чтобы юридическіе акты сдѣлались отъ этого недействительными.

Наприм., цѣна при куплѣ-продажѣ будетъ необходимой, или существенной принадлежностью юридическаго акта, ибо стороны обязаны условиться о цѣнѣ и не могутъ цѣну исключить изъ условія купли-продажи. Напротивъ, условіе объ отвѣтственности продавца за право собственности на продаваемую вещь (условіе очистки или эквикція) есть обыкновенное условіе, такъ какъ оно предполагается само собою и можетъ быть исключено по желанію сторонъ (ср. ст. 1427 т. X ч. 1; 69/735 и сл.).

III. Случайныя принадлежности.

1. Случайными принадлежностями называются такія условія дѣйствительности юридическихъ актовъ (сдѣлокъ), которыя не имѣютъ никакого вліянія на возникновеніе юридическихъ актовъ, но вліяютъ на ихъ осуществленіе и при томъ иногда (§ 6. III. 2. а.) такъ, что возникшій и дѣйствительный самъ по себѣ юридическій актъ совсѣмъ не осуществляется въ жизни.

Напримѣръ, лицо А обязалось лицу В продать домъ, если лицо А само купитъ себѣ домъ у лица В (договоръ запродажи). Этотъ договоръ дѣйствителенъ и уже существуетъ, но осуществленіе этого договора (заключеніе договора купли-продажи) не будетъ имѣть мѣста, если лицо В не продастъ своего дома А. Цѣль такихъ принадлежностей—предоставить человѣку возможность болѣе свободно совершать юридическіе акты.

2. Такими случайными принадлежностями будутъ прежде всего: а) условіе и б) срокъ.

а. *Условіе*—это неизвѣстное обстоятельство, именно такое, которое можетъ наступить въ будущемъ, но о которомъ заранее нельзя сказать, наступитъ ли оно или нѣтъ. Такимъ условіемъ будетъ въ вышеприведенномъ примѣрѣ (III. 1.) продажа дома лицомъ В лицу А. Мейеръ полагаетъ, что условіемъ можетъ быть и такое обстоятельство, которое уже наступило до или въ моментъ совершенія юридическаго акта, но о наступленіи котораго не извѣстно сторонамъ, заключившимъ этотъ актъ. Такимъ образомъ, Мейеръ считаетъ, что уже прошедшее (а не только будущее) обстоятельство, неизвѣстное сторонамъ, можетъ быть условіемъ юридическаго акта. Противъ такого чисто субъективнаго взгляда на условіе высказался сенатъ примѣнительно къ частному случаю даренія подъ условіемъ (ст. 976 т. X ч. 1). Онъ разъяснилъ, что въ ст. 976 подъ словомъ „условіе“ подразумѣвается такое обстоятельство, которое одаряемый обязанъ исполнить въ будущемъ, или какое-либо событіе, имѣющее наступить внослѣдствіи, но статья эта не примѣнима къ событію, совершившемуся до даренія и послужившему побудительною причиною его. При этомъ сенатъ прямо добавилъ, что сдѣлка будетъ безусловной, если даритель по ошибкѣ считалъ условленное имъ событіе еще не совершившимся (74/179). Такимъ образомъ, на основаніи нашей сенатской практики обстоятельство прошедшее, хотя бы и неизвѣстное сторонамъ, совершающимъ юридическій актъ, не будетъ дѣйствительнымъ условіемъ, а мнимымъ. Къ мнимымъ же условіямъ слѣдуетъ отнести слѣдующія обстоятельства: 1) если условленное обстоятельство есть фактъ уже настоящій, 2) если этотъ фактъ не можетъ не наступить (наприм., чья либо смерть), 3) если этотъ фактъ невозможенъ по законамъ природы (наприм., достать луну) или по существующему правопорядку (наприм., совершить поджогъ) и 4) если этотъ фактъ составляетъ необходимую (существенную) принадлежность юридическаго акта (наприм., продать имѣніе, если покупатель уплатитъ цѣну *).

Что касается видовъ дѣйствительныхъ условій, то здѣсь различаютъ: 1) положительные и отрицательные, въ за-

*) Существенную принадлежность юридическаго акта въ качествѣ его условія называютъ также молчаливымъ условіемъ.

висимости отъ того, будетъ ли условіемъ наступленіе или ненаступленіе какого либо факта; 2) произвольныя, случайныя и смѣшанныя, въ зависимости отъ того, ставится ли условіемъ только произволъ лица (хочетъ), или случай (пожаръ), или частью произволъ лица, частью случай (сдача экзаменовъ). Наконецъ, различаютъ: 3) отлагательныя (суспензивныя) и отмѣнительныя (резолютивныя) условія. Отлагательнымъ условіемъ будетъ такое обстоятельство, въ зависимость отъ котораго ставится вступленіе акта въ силу. Иными словами, пока условленное обстоятельство остается будущимъ и неизвѣстнымъ, дѣйствительный самъ по себѣ юридическій актъ не имѣетъ дѣйствія*), такъ ск. отлагается (отлагательное условіе), или, примѣнительно къ римской терминологіи, какъ бы виситъ въ воздухѣ (суспензивное условіе). Примѣръ, ст. 938 т. X ч. 1: „Земли, розданныя правительствомъ на условіяхъ населенія или для хозяйственныхъ заведеній, не прежде, какъ по исполненіи сихъ условій, составляютъ полную собственность владѣльцевъ“. Разумѣется, если отлагательное условіе не осуществится, юридическій актъ прекратитъ свое существованіе. Напротивъ, отмѣнительнымъ условіемъ будетъ такое обстоятельство, въ зависимости отъ котораго ставится прекращеніе уже вступившаго въ силу акта. Иными словами, пока условленное обстоятельство остается будущимъ и неизвѣстнымъ, дѣйствительный самъ по себѣ юридическій актъ продолжаетъ дѣйствовать до своей отмѣны (отмѣнительное условіе) или, примѣнительно къ римской терминологіи, дѣйствуетъ до рѣшенія своей дальнѣйшей судьбы (резолютивное условіе). Примѣромъ можетъ служить вышеупомянутая ст. 976 т. X ч. 1: „Если даръ учиненъ подъ условіемъ, и условіе со стороны получившаго даръ не исполнено, то даръ возвращается дарителю“. Разумѣется также, если отмѣнительное условіе не осуществится, юридическій актъ продолжитъ свое существованіе.

Не во всякіе юридическіе акты возможно, однако, включать условія. Наше законодательство, какъ равно и сенатъ даютъ въ этомъ

*) Это не значитъ, однако, что юридическій актъ съ отлагательнымъ условіемъ не имѣетъ юридическаго значенія въ періодъ до исполненія условія. Такой актъ можетъ переходить по наслѣдству, его принимаютъ во вниманіе при конкурсѣ и т. д.

отношеніи немногія указанія. Такъ, согласно сенатской практикѣ, въ духовныя завѣщанія возможно включать отлагательныя условія всякаго рода, не противныя закону (02/122, 76/460, 71/643). Напротивъ, согласно основному принципу русскаго законодательства: приобрѣтеніе права собственности окончательно,—слѣдуетъ признать, что отмѣнительныя условія, какъ прекращающія право собственности наслѣдника, не могутъ быть включаемы въ завѣщанія. Поэтому и сенатское рѣшеніе (79/27), которое дозволяетъ мужу завѣщать имущество женѣ подѣ условіемъ невступленія въ новый бракъ, причемъ, въ случаѣ вступленія ея въ новый бракъ, она теряетъ право на завѣщанное имущество и таковое переходитъ къ наслѣдникамъ по закону,—слѣдуетъ считать спеціальнымъ разъясненіемъ, не возводя этого разъясненія въ принципъ сенатской практики. Тѣмъ болѣе, что въ другомъ рѣшеніи (69/583) сенатъ призналъ, что право собственности не можетъ быть срочнымъ, временнымъ. По той же причинѣ отмѣнительныя условія не могутъ быть включаемы и во всѣ тѣ юридическіе акты, какъ наприм., купли-продажи, мѣны и др., благодаря которымъ лицо приобрѣтаетъ право собственности. Этому не противорѣчитъ ст. 974 т. X ч. 1, по которой даръ возвращается дарителю, если одаряемый окажется неблагодарнымъ, обнаружить „явное непочтеніе“ къ дарителю. Въ данной статьѣ имѣется спеціальное постановленіе т. X ч. 1, и при томъ самое условіе дано здѣсь законодателемъ, а не лицомъ, совершающимъ юридическій актъ. Во всѣ юридическіе акты, кромѣ вышеуказанныхъ, возможно включать какъ отлагательныя, такъ и отмѣнительныя условія: „всякія условія законамъ не противны“ (ст. 1530 т. X ч. 1).

Въ ученіи о юридической важности условій для акта чрезвычайно споренъ вопросъ о т. н. обратной силѣ наступившаго условія. Подѣ именемъ обратной силы разумѣется здѣсь уничтоженіе послѣдствій исполненія юридическаго акта, возникшихъ до момента его прекращенія (при отмѣнительномъ условіи) и отнесеніе на моментъ созданія акта послѣдствій исполненія, возникшихъ съ момента вступленія акта въ силу, въ случаѣ наступленія отлагательнаго условія. Примѣръ: лицо А сдало имѣніе лицу Б подѣ отлагательнымъ условіемъ, именно, если лицо А само заарендуетъ имѣніе у лица Д. Лицо А заарендовало это имѣніе, но до этого момента извлекало, конечно, доходъ изъ своего

имѣнія. Если В имѣеть право на этотъ доходъ отъ лица А съ наступленіемъ условія, то и отлагательное условіе имѣеть обратную силу, въ противномъ случаѣ не имѣеть. Если же въ данномъ примѣрѣ лицо А сдало имѣніе В подъ отмѣнительнымъ условіемъ, то обратная сила этого условія выразится въ правѣ лица А на доходъ, полученный съ имѣнія лицомъ В. Дѣйствующее законодательство и сенатская практика не даютъ положительныхъ указаній для разрѣшенія вопроса объ обратной силѣ исполняшагося условія. Слѣдовательно, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судъ обязанъ войти въ намѣренія лица или лицъ, совершившихъ юридическій актъ подъ условіемъ, и рѣшить, имѣли ли они въ виду или нѣтъ обратную силу условія? Что же касается обратной силы условія въ отношеніи правъ третьяго лица, возникшихъ до исполненія условія, то въ интересахъ гражданскаго оборота эти права остаются въ силѣ, условіе не имѣеть обратной силы. Это положеніе, понятное само по себѣ (ибо передѣлка юридическихъ отношеній грозила бы твердости оборота), м. б. подтверждено ст. 574 т. X ч. 1.

б. *Срокъ*—это такое обстоятельство, которое должно, какъ и условіе, наступить въ будущемъ, но о которомъ извѣстно, что оно наступитъ. Такимъ образомъ, если условіе обуславливаетъ наступленіе или ненаступленіе юридическихъ послѣдствій акта, то срокъ лишь откладываетъ наступленіе юридическихъ послѣдствій акта (отлагательный, или суспензивный срокъ) или же, наоборотъ, ограничиваетъ срокъ дѣйствія (послѣдствій) юридическаго акта (отмѣнительный, или резолютивный срокъ). При этомъ извѣстность наступленія срока слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что онъ непременно наступитъ, хотя бы и не было заранее извѣстно, когда онъ наступитъ. Наприм., и смерть, и совершеннолѣтіе будутъ сроками: первая непременно наступитъ, но не извѣстно, когда наступитъ, второе непременно наступитъ, и извѣстно, когда наступитъ. Напротивъ, бракъ не можетъ быть срокомъ, такъ какъ не только не извѣстно, когда онъ наступитъ, но и не извѣстно, наступитъ ли онъ когда-либо. Поэтому бракъ будетъ условіемъ, а не срокомъ. Сроки бываютъ такъ же, какъ и условія, отлагательные (суспензивные) и отмѣнительные (резолютивные, см. условіе). То же самое слѣдуетъ сказать и объ обратной силѣ сроковъ, какъ случайной принадлежно-

сти юридического акта, и равнымъ образомъ о допустимости сроковъ въ юридическихъ актахъ (см. выше: Условіе). Наше законодательство, примѣнительно къ заключенію договоровъ, также дозволяетъ включать законамъ не противныя „условія о срокахъ“ (ст. 1530 т. X ч. 1).

3. Къ числу случайныхъ принадлежностей относятся а) предположеніе и б) наказъ (возложеніе, или модусъ).

а. Предположеніе. Это такое неизвѣстное *) обстоятельство, въ зависимость отъ котораго совершающій актъ хотя и не ставитъ наступленіе послѣдствій уже возникшаго акта, но онъ поставилъ бы, если бы предполагалъ, что данное обстоятельство можетъ наступить. Напримѣръ; если завѣщатель считаетъ, что назначенный наслѣдникъ его внукъ, а на самомъ дѣлѣ не извѣстно, внукъ ли онъ, то завѣщаніе можетъ быть оспорено, т. е. не имѣть тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя связаны съ назначеніемъ даннаго наслѣдника. Поэтому правильно считать предположеніе недоразвившимся условіемъ. Предположеніе можно, однако, съ юридической точки зрѣнія разсматривать и какъ существенную принадлежность акта въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ налицо дѣйствительной воли. Такъ, въ вышеприведенномъ примѣрѣ имѣется, очевидно, ошибка въ качествѣ лица. Въ другихъ случаяхъ предположеніе, какъ цѣль или мотивъ лица, совершающаго актъ, наприм., завѣщаніе или дареніе, трудно доказывать, и поэтому на практикѣ доказываніе предположенія легко можетъ повести къ ослабленію твердости завѣщанія и даренія **).

б. Наказъ (возложеніе, или модусъ). Это такое извѣстное обстоятельство (дѣйствіе, обязанность), въ зависимость отъ котораго совершающій актъ хотя и не ставитъ наступленіе послѣдствій уже возникшаго безвозмезднаго акта, но наказываетъ, возлагаетъ выполненіе этого обстоятельства на лицо, получившее выгоду изъ этого акта. Такъ, напримѣръ, завѣщатель назначаетъ наслѣдника и возлагаетъ на него устрой-

*) Безразлично, прошедшее или будущее.

**) Предположеніе, какъ случайная принадлежность акта, далеко поэтому не признается учеными.

ство бібліотеки, постановку пам'ятника и т. п. Такою наказъ, или возложеніе самъ по себѣ не оказываеъ никакого вліянія на осуществленіе возникшаго юридическаго акта. Поэтому, если бы наслѣдникъ не выполнилъ возложенія, то онъ не пересталъ бы быть наслѣдникомъ. Заинтересованнымъ лицамъ можно лишь требовать отъ него выполненія даннаго возложенія. Такимъ образомъ, возложеніе рѣзко отличается отъ условія и срока, съ одной стороны, и предположенія, съ другой. Именно, если условіе дѣлаеъ осуществленіе юридическаго акта сомнительнымъ, срокъ же откладываетъ его осуществленіе, то возложеніе лишь ограничиваетъ его осуществимость. Если, далѣе, предположеніе, какъ недоразвившееся условіе, также дѣлаеъ юридическій актъ сомнительнымъ въ его осуществленіи, то возложеніе, напротивъ, не имѣеъ этого дѣйствія *). Возложеніе слѣдуетъ, однако, отличать отъ отказа (легата), т. е. возложенія на наслѣдника такого обязательства, которое соединено съ предоставленіемъ кому-либо имущественной выгоды. Равнымъ образомъ, возложеніе слѣдуетъ отличать и отъ назначенія жертвователемъ или завѣщателемъ имущества и капиталовъ на какую-либо опредѣленную цѣль (ср. ст. 986 т. X ч. 1). Наше дѣйствующее законодательство не говоритъ прямо о возложеніи. Тѣмъ не менѣе, на основаніи ст. 1530 т. X ч. 1: „Договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя, какъ то: условія о срокѣ, о платежѣ, о неустойкѣ, о обезпеченіяхъ и тому подобныя“,—слѣдуетъ признать возможнымъ включать въ юридическій актъ возложеніе. Дѣло въ томъ, что ст. 1530 имѣеъ общій характеръ („всякія условія... и тому подобныя“), слѣдовательно и возложеніе **).

§ 7. Недѣйствительность юридическаго акта (сдѣлки).

1. Подъ недѣйствительностью юридическаго акта (сдѣлки) слѣдуетъ разумѣть а) его невозникновеніе (ничтож-

*) Поэтому не правильно разсматривать возложеніе, какъ видъ предположенія.

**) Впрочемъ, данная статья имѣеъ въ виду договоръ, а не завѣщаніе.—Проектъ въ ст. 1409 прямо предусматриваетъ возложеніе.

ность) или б) уничтоженіе возникшаго акта (оспоримость, опровержимость).

Поэтому различаютъ два вида недействительности юридическаго акта: ничтожность и оспоримость, или опровержимость.

а. Ничтожность акта будетъ тогда, когда актъ не только не производитъ никакихъ своихъ юридическихъ послѣдствій, т. е. не осуществляется, но его и нѣтъ вовсе въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому ничтожность акта можно сравнить съ рожденіемъ ребенка мертвымъ. Ничтожность акта имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда не соблюдены существенныя принадлежности, съ которыми законъ связываетъ возникновеніе акта. Напримѣръ, при завѣщаніи, несоблюденіе надлежащей письменной формы.

б. Оспоримость, или опровержимость акта, будетъ тогда, когда актъ возникъ и б. м. уже производитъ свои послѣдствія, т. е. осуществляется, но его осуществимость можно оспорить, или опровергнуть судебнымъ порядкомъ. Это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда не соблюдены существенныя принадлежности юридическаго акта, съ коими законъ соединяетъ его оспоримость. Напр., при ошибкѣ, обманѣ, принужденіи.

Такимъ образомъ, будетъ ли недействительность акта первоначальной (ничтожность), или послѣдующей (оспоримость), юридическій актъ все же недействителенъ.

2. Впрочемъ, недействительность юридическаго акта не поражаетъ его всегда во всемъ содержаніи. Возможна частичная недействительность.

Именно, если недействительность поражаетъ такую часть содержанія акта, которая не разрушаетъ его существа. Въ ст. 1029 т. X ч. 1 прямо сказано: „Если въ завѣщаніи допущены распоряженія, законамъ противныя, то сіи распоряженія суть недействительны; но при семъ всѣ другія распоряженія, законамъ не противныя, остаются въ своей силѣ“. Сенатъ, въ разъясненіи ст. 1529 т. X ч. 1, признаетъ частичную недействительность въ отношеніи и другихъ юридическихъ актовъ (73/717, 73/1172, 76/342), относя ее къ существу дѣла (72/13).

3. Недействительность юридическаго акта, въ случаѣ его оспоримости, возможна, однако, при соблюденіи извѣстнаго срока.

Такъ, для оспариванія юридическаго акта, совершеннаго по принужденію, требуется соблюденіе уголовной давности, т. е. десятилѣтняго срока. Установленіе сроковъ опровержимости юридическихъ актовъ имѣетъ, конечно, своей цѣлью твердость гражданскаго оборота. Поэтому, съ пропускомъ срока оспариванія недѣйствительнаго акта, онъ становится дѣйствительнымъ.

4. Последствіемъ признанія недѣйствительности юридическаго акта будетъ возстановленіе прежняго положенія.

Именно, лицо или лица, совершившія юридическій актъ, ставятся въ то положеніе, въ какомъ они находились до заключенія его, почему и возвращается каждому принадлежащее ему (70/982, 73/881, 73/1316, 74/719, 76/519, 78/85, 80/36, 90/32). Впрочемъ, лицо имѣетъ, сверхъ того, право искать вознагражденіе за вредъ и убытки отъ исполненія юридическаго акта (70/66, 70/885).

§ 8. Представительство.

I. Понятіе и виды представительства.

1. Юридическій актъ, какъ волеизъявленіе лица въ цѣляхъ осуществленія имъ своей власти, естественно предполагаетъ, что именно это лицо само выражаетъ свою волю, а не другое лицо за него (представитель).

Было, однако, уже выяснено выше, что 1) юридическія лица не могутъ сами выражать свою волю (не имѣютъ собственной дѣеспособности, см. § 5. I) и что 2) не всѣ физическія лица могутъ также сами выражать свою волю (дѣти, душевно-больные, см. § 5. I) или 3) хотя они и выражаютъ эту волю сами, но съ согласія другихъ лицъ (напр., несовершеннолѣтніе, иногда и замужнія женщины, см. § 5. I). Равнымъ образомъ, было отмѣчено также, что 4) физическія лица, хотя и могутъ изъявлять свою волю, но, вслѣдствіе физическихъ недостатковъ, прибѣгаютъ къ выраженію своей воли при посредствѣ другихъ лицъ. Всѣ лица, которыя участвуютъ за другихъ въ юридическомъ актѣ такъ, что ихъ собственная воля служитъ выраженіемъ воли другихъ лицъ, называются представителями. Иными словами, представитель есть лицо, совершающее юридическій актъ для

другого лица. Отсюда: а) представитель долженъ выражать собственную волю, а не волю представляемаго. Иначе онъ будетъ передатчикомъ воли, а не представителемъ другого лица. Напр., человекъ, посланный передать волю другого лица, не будетъ представителемъ, такъ какъ онъ передаетъ волю пославшаго, а не изъясняетъ свою волю. Напротивъ, опекунъ выражаетъ собственную волю, какъ, равнымъ образомъ, и органы юридического лица изъясняютъ также естественно собственную волю. б) Собственную волю представителя нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что эта воля можетъ быть какая угодно. Волѣ представителя обыкновенно или самъ законъ (въ отношеніи опекуновъ), или самъ представляемый ставятъ предѣлы (довѣренныя), или даже эти предѣлы ставятся гражданскимъ порядкомъ (служащіе въ магазинахъ, дворники и др. лица). в) Представители выражаютъ собственную волю въ предѣлахъ, очерченныхъ закономъ, волею представляемаго и, вообще, гражданскимъ порядкомъ для другихъ лицъ; поэтому и дѣйствіе юридического акта соединяется съ именемъ этихъ лицъ. Отсюда представители, выражая собственную волю, дѣйствуютъ отъ имени другого лица, а не отъ собственного имени. г) Поэтому, съ житейской точки зрѣнія, на представителей, въ тѣхъ случаяхъ, когда они дѣйствуютъ за вознагражденіе по порученію другихъ лицъ, можно было бы смотрѣть какъ на людей, нанятыхъ для этой цѣли. Тѣмъ болѣе, что въ современномъ гражданскомъ оборотѣ довѣренныя обыкновенно получаютъ вознагражденіе. Однако, будетъ неправильно считать представителей наемными людьми: ихъ дѣятельность выражается въ совершеніи юридическихъ актовъ, каковая дѣятельность не входитъ въ содержаніе договора личнаго найма.

*2. Итакъ, представитель есть лицо *), которое совершаетъ юридическій актъ отъ имени представляемаго, выражая собственную волю такимъ образомъ, чтобы дѣйствіе юридического акта непосредственно связывалось съ представляемымъ.*

*) Возможно, конечно, и нѣсколько представителей, напр., нѣсколько опекуновъ назначено къ малолѣтнему.

Отсюда, представитель есть контрагентъ въ юридическомъ актѣ. Представляемый—непосредственный носитель тѣхъ правъ и обязанностей, которыя вытекаютъ изъ совершеннаго юридическаго акта, въ коемъ онъ самъ не участвовалъ, какъ контрагентъ. Сказанное можно выразить въ формулѣ:

$$L \text{ — } \Pi \text{ — } L^1$$

Въ этой формулѣ L означаетъ одного контрагента (если рѣчь идетъ о юридической сдѣлкѣ), Π —представителя лица L^1 и L^1 —представляемое лицо, малая черта—отношеніе L и Π , какъ контрагентовъ сдѣлки, большая черта—отношеніе L и L^1 , какъ субъектовъ правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ данной сдѣлки. Въ этой формулѣ не показаны отношенія между Π и L^1 , какъ между представителемъ и представляемымъ, потому что эти отношенія могутъ строиться на законѣ, договорѣ и вообще на гражданскомъ правопорядкѣ. Соотвѣтственно этому, ихъ отношенія сами по себѣ будутъ самостоятельными и независимыми отъ представительства. Поэтому же представительство надо строго отличать отъ довѣренности, какъ самостоятельнаго правового отношенія, хотя довѣренность и можетъ быть основаніемъ для представительства. Этого различія не проводитъ наше право.

3. До сихъ поръ имѣлось въ виду представительство необходимое, которое называется такъ потому, что юридическія лица, равно какъ въ вышеуказанныхъ случаяхъ (§ 8, I. 1.) и физическія лица, вынуждаются искусственно или естественно имѣть представителей. Это необходимое представительство противопоставляется добровольному.

Долгое время была спорна допустимость добровольнаго представительства. Римляне не считали возможнымъ, чтобы одно лицо только по желанію другого лица совершало за него и отъ его имени юридическій актъ такъ, чтобы юридическія послѣдствія непосредственно связывались съ представляемымъ лицомъ. Отсутствіе такого представительства въ Римѣ объясняется отчасти тѣмъ, что въ то время еще не была выработана мѣрка средняго человѣка, примѣнительно къ которой могла бы обсуждаться собственная воля представителя въ отношеніи представляемаго. Но, главнымъ

образомъ, не развилось въ Римѣ добровольное представительство потому, что римляне, имѣя естественныхъ представителей—рабовъ и подвластныхъ, не нуждались въ помощи постороннихъ, чуждыхъ римской семьѣ представителей. Напротивъ, въ современномъ гражданскомъ оборотѣ необходимость въ добровольномъ представительствѣ настолько велика, что этого рода представительство играетъ выдающуюся роль въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому нынѣ обнаружилось, правда пока въ литературѣ, стремленіе разсматривать добровольное представительство, совершаемое отъ имени представителя, а не представляемого (представительство скрытое, косвенное), какъ бы представительствомъ явнымъ. Дѣло въ томъ, что и римляне знали представительство скрытое, или косвенное, въ формѣ договора порученія (мандата). Это значитъ, что одно лицо поручало другому совершить юридическій актъ не только по собственной волѣ, но и отъ собственнаго имени, съ тѣмъ, чтобы юридическія послѣдствія акта, возникшія непосредственно въ его лицѣ, были перенесены на лицо, давшее порученіе. Слѣдовательно, косвенное представительство предполагаетъ два юридическихъ акта, вмѣсто одного въ представительствѣ явномъ, которое называется также прямымъ представительствомъ. Лицо А поручило лицу Б купить лошадь. Если Б покупаетъ ее отъ своего имени, то здѣсь не будетъ прямого представительства, такъ какъ лицо А есть не только контрагентъ, но и субъектъ даннаго права. Для того, чтобы лошадь перешла къ лицу А, долженъ имѣть мѣсто другой юридическій актъ, уступка лошади лицу А со стороны Б. Если же Б покупаетъ лошадь для лица А отъ его имени, то А приобрѣтаетъ лошадь непосредственно отъ продавца.

Такимъ образомъ, косвенное представительство, въ отличіе отъ прямого, можно выразить въ слѣдующей формулѣ:

$$Л \text{ — } II \text{ — } П \text{ — } Л^I \text{ — } Л^I$$

Это значитъ, что имѣются два акта: 1) между контрагентомъ и представителемъ, причемъ въ лицѣ представителя есть не только контрагентъ, но и субъектъ права; 2) между представителемъ и представляемымъ ($Л^I$), причемъ представляемый есть контра-

гентъ и субъектъ права только въ этомъ второмъ актѣ. Въ виду полной разрозненности этихъ актовъ, точнѣе — несвязанности контрагента (Л) и представляемаго (Л¹), правильно было бы такое отношеніе и не называть представительствомъ, хотя бы косвеннымъ и скрытымъ. Такое отношеніе есть на самомъ дѣлѣ лишь договоръ порученія (римскій мандатъ) между контрагентами П и Л¹. Выполненіе этого порученія заключается въ совершеніи юридическаго акта лицомъ П. Тѣмъ не менѣе, терминъ: „косвенное, скрытое, посредственное представительство“ обыкновенно прилагается къ договору порученія: совершенія юридическаго акта для другого лица отъ собственнаго имени. — Было замѣчено выше, что въ современной литературѣ сдѣлана попытка оправдать названіе даннаго договора представительствомъ, установивъ въ немъ юридическія отношенія непосредственно въ лицѣ контрагента и представляемаго рядомъ съ непосредственнымъ юридическимъ отношеніемъ между контрагентомъ и представителемъ, что можно выразить въ слѣдующей формулѣ:

$$\text{Л} \text{---} \text{П} \quad \text{П} \text{---} \text{Л}^1 \quad \text{Л}^1$$

Самая длинная черта наряду съ средней показываетъ, что въ косвенномъ представительствѣ возникаютъ рядомъ юридическія отношенія между контрагентами Л и П и между Л и Л¹, хотя представляемый и не былъ контрагентомъ въ сдѣлкѣ съ Л, и самая сдѣлка была совершена не отъ его имени, а отъ имени П. Такъ, Мюллеръ-Эрцбахъ предлагаетъ положить въ основу различія представительства косвеннаго и прямого намѣреніе сторонъ установить отвѣтственность представителя, какъ добавочнаго должника. Тамъ, гдѣ имѣется это намѣреніе, будетъ косвенное представительство, гдѣ его нѣтъ — прямое. При этомъ, если трудно установить намѣреніе сторонъ, то слѣдуетъ предполагать косвенное представительство. Отсюда, совершеніе акта отъ имени представляемаго, какъ характерный признакъ для представительства прямого, принятый господствующимъ ученіемъ, отвергается новымъ *).

*) Противъ этого ученія высказался Мюллеръ. За правильность основного характера предложенной реформы Пергаментъ (см.

4. Соответственно вытеизложенному, различаютъ виды представительства: а) необходимое и добровольное, б) въ собственномъ смыслѣ этого слова—прямое (непосредственное) и не въ собственномъ смыслѣ слова—скрытое (посредственное, косвенное) и в) законное, договорное и молчаливое, въ зависимости отъ юридическаго основанія, въ силу котораго лицо выступаетъ представителемъ.

а. и б. (см. § 8, 2 и 3).

в. Законнымъ представительствомъ будутъ, главнымъ образомъ, опека и попечительство, договорнымъ—представительство по порученію, молчаливымъ—представительство безъ уполномочія. Напримѣръ, сосѣдъ торговца продаетъ вещи съ воза хозяина, хотя объ этомъ его не просилъ ушедшій хозяинъ. Сенатъ рассматриваетъ такое представительство по аналогіи съ договорнымъ представительствомъ, приравнивая послѣдующее одобреніе дѣйствій хозяиномъ къ его предварительному уполномочію (79/141). Проектъ гражд. уложенія вводитъ также молчаливое представительство и въ тѣхъ случаяхъ, когда представитель не только не имѣетъ полномочія, но и вышелъ изъ предѣловъ полномочія, если послѣдовало потомъ одобреніе хозяина (ст. 70).

II. Представительство въ русскомъ правѣ.

1. Дѣйствующіе законы почти не содержатъ постановленій о добровольномъ прямомъ представительствѣ. Такъ, прежде всего, статья 2326 т. X ч. 1, въ коей говорится объ исполненіи по довѣренности, лишь довольно глухо признаетъ данный видъ представительства.

„Какъ во всякой довѣренности довѣритель изъясняетъ, что онъ во всемъ, что повѣренный по его довѣренности сдѣлаетъ, ему спорить и прекословить не будетъ, то посему все сдѣланное повѣреннымъ на основаніи данной ему довѣренности, хотя бы то было и ко вреду довѣрителя, остается въ своей силѣ; но при

Вѣстникъ Права 1906 кн. I стр. 414; тамъ же болѣе подробно изложено новое ученіе Мюллера-Эрцбаха). Новсе ученіе перевертываетъ весь вопросъ о представительствѣ; уже по одному этому оно заслуживаетъ полнаго вниманія цивилистовъ.

семъ повѣренный обязанъ не выходить изъ предѣловъ довѣренности и въ правѣ производить токмо то, что ему по точному содержанію оной дозволено“ (ст. 2326, ср. 2307 т. X ч. 1). Въ этой статьѣ отсутствуетъ указаніе на самый главный признакъ добровольнаго прямого представительства, на то, что актъ совершается отъ имени довѣрителя, почему юридическія послѣдствія непосредственно возникаютъ въ лицѣ довѣрителя. Однако, согласно сенатской практикѣ, добровольное прямое представительство является основнымъ институтомъ нашего дѣйствующаго права (67/107, 70/800, 70/1039, 75/273 и др.).

2. Еще меньше можно ожидать определенныхъ указаний нашего законодательства по частному, но важному вопросу объ отвѣтственности представителя и представляемаго за умыселъ и небрежность, за пороки воли и т. д.

Правда, ст. 2293 говоритъ, что довѣрители могутъ поручать совершеніе юридическихъ актовъ, „когда по состоянію своему они могутъ вступать въ договоры, кои могутъ быть по закону совершаемы безъ личнаго ихъ присутствія“. Это означаетъ, что довѣрители должны обладать правоспособностью и дѣеспособностью, такъ какъ, если они не имѣютъ первой, то ихъ повѣренные не могутъ приобрѣсти имъ правъ, если не имѣютъ второй, то не могутъ выдать довѣренности для приобрѣтенія этихъ правъ. Вѣрно также, что ст. 2294 т. X ч. 1 требуетъ отъ повѣренныхъ только дѣеспособности, а не правоспособности, къ приобрѣтенію тѣхъ правъ, которыя возникаютъ въ результатъ совершеннаго ими юридическаго акта. Но все это не рѣшаетъ вышеставленнаго вопроса. Приходится, поэтому, признать, что дѣйствительность акта и отвѣтственность представителя за умыселъ, небрежность, пороки воли устанавливаются у насъ на основѣ общаго правила о порокахъ воли и отвѣтственности представителя, какъ контрагента въ заключаемомъ имъ актѣ.—Это правило признаетъ и Проектъ въ первой половинѣ ст. 71, но во второй ея половинѣ онъ даетъ исключеніе: „Если же повѣренный совершилъ сдѣлку согласно указаніямъ довѣрителя, то довѣритель не въ правѣ ссылаться на неизвѣстность повѣренному такихъ обстоятельствъ, которыя были извѣстны лично ему, довѣрителю, и которыя онъ имѣлъ возможность сообщить своему повѣренному (п. 2 ст. 71)“.

Это значитъ, что если повѣренный совершитъ актъ недействительный въ силу, напр., собственной ошибки, то такой актъ будетъ действителенъ, разъ повѣренный дѣйствовалъ въ этомъ случаѣ согласно указаніямъ довѣрителя (ср. Проектъ, ст. 66).

3. Наконецъ, слѣдуетъ замѣтить, что представительство невозможно въ такихъ юридическихъ актахъ, при совершеніи которыхъ требуется нашимъ закономъ личное участіе стороны или сторонъ.

Такіе юридическіе акты: завѣщаніе (стт. 1036¹ и 1046 т. X ч. 1), бракъ (ст. 31 т. X ч. 1), узаконеніе дѣтей (ст. 1460¹ Уст. гр. суд.) и нѣк. др.

Глава IV. Гражданско-правовая норма.

§ 9. Понятіе о гражданско-правовой нормѣ.

1. Гражданско-правовыя нормы суть правила, согласно которымъ частная власть людей такъ или иначе конкретно распределяется и осуществляется въ гражданскомъ обществѣ (§ 2. 1).

Эти правила приводятся въ исполненіе или путемъ 1) дѣйствія того лица, которое имѣетъ власть (правомочіе), или путемъ 2) дѣйствія такого лица, которое не имѣетъ на то власти (правомочія). Нарушая права другихъ лицъ, это лицо производитъ измѣненіе въ распредѣленіи субъективныхъ правъ. Или, наконецъ,—такимъ образомъ, 3) что помимо дѣйствій лицъ, какъ правомочныхъ, такъ и неправомочныхъ, дѣйствуетъ уже сама по себѣ гражданско-правовая норма. Въ первомъ случаѣ дѣйствіе правомочнаго лица и гражданско-правовая норма проявляютъ себя въ согласіи другъ съ другомъ—юридическій актъ (§ 5); во второмъ—стоятъ другъ съ другомъ въ противорѣчій—правонарушеніе (§ 10). Въ третьемъ случаѣ гражданско-правовая норма совершенно не связана съ дѣйствіями лица—событіе (§ 11). Въ сущности, во всѣхъ трехъ указанныхъ случаяхъ въ основѣ распредѣленія и осуществленія частной власти лицъ лежить, конечно, гражданско-правовая норма. Но въ первыхъ двухъ

случаяхъ для ея проявленія необходимы дѣйствія лица, въ послѣднемъ они не необходимы. Дѣйствія лица, поэтому, называются правильно юридическими, т. е. такими, которые предполагаютъ свою согласованность или противорѣчiе съ гражданско-правовой нормой и вызываютъ тѣмъ самымъ юридическiя послѣдствiя. Юридическое дѣйствiе лица, согласующееся съ гражданско-правовой нормой, изложено выше (§ 5); это—юридическiй актъ. Юридическое же дѣйствiе, не согласующееся съ гражданско-правовой нормой,—правонарушенiе, излагается въ слѣдующемъ параграфѣ.

§ 10. Правонарушенiе.

1. Подъ именемъ правонарушенiя слѣдуетъ разумѣть юридическое дѣйствiе, не согласующееся съ гражданско-правовой нормой, т. е. дѣйствiе недозволенное.

Эта несогласованность сказывается въ томъ, что лицо дѣйствуетъ вопреки нормѣ, нарушая субъективныя права другихъ лицъ. Гражданско-правовая норма, лежащая въ основѣ всего гражданскаго правопорядка, не можетъ, разумѣется, мириться съ ея непризнанiемъ тѣмъ или другимъ лицомъ. Она отрицаетъ несогласующееся съ ней дѣйствiе лица и указываетъ способъ возстановленiя нарушенныхъ субъективныхъ правъ. Поэтому обратная сторона правонарушенiя и будетъ защитой нарушенныхъ правъ лица. Такимъ образомъ, если юридическiй актъ есть положительное воздѣйствiе на сферу частной власти лицъ гражданскаго общества, какъ исходящее отъ самихъ правомочныхъ лицъ, то правонарушенiе будетъ отрицательнымъ воздѣйствiемъ на данную сферу, какъ исходящее отъ лицъ, на то не управомоченныхъ.

2. Существенныя принадлежности правонарушенiя, какъ дѣйствiя, несогласующагося съ гражданско-правовой нормой, будутъ, поэтому: а) нарушенiе субъективнаго права и б) несогласованность дѣйствiя съ гражданско-правовой нормой, т. е. его недозволенность.

а. Нарушенiе субъективнаго права предполагаетъ наличность права у лица. Поэтому тамъ, гдѣ нѣтъ субъективнаго права,

не будетъ и правонарушенія. Спорно, однако, слѣдуетъ ли видѣть въ нарушеніи субъективнаго права причиненіе имущественнаго вреда или же принимается во вниманіе также причиненіе вреда нравственнаго. Споръ этотъ сводится въ сущности къ другой основной проблемѣ: есть ли гражданское право совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ только имущественныя отношенія гражданъ, или же и другія частныя ихъ отношенія (§ 2. 2). Тѣ, кто смотритъ на гражданское право въ объективномъ смыслѣ, какъ на регулированіе частныхъ отношеній гражданъ, не могутъ не признать, что и причиненіе нравственнаго вреда можетъ быть также правонарушеніемъ. Этотъ послѣдній взглядъ находитъ себѣ все больше защитниковъ въ наукѣ и проводится въ передовомъ современномъ законодательствѣ *).

б. Несогласованность съ гражданско-правовой нормой предполагаетъ недозволенность дѣйствія. Она выражается: 1) въ запрещенности дѣйствія и 2) въ умышленномъ или неосторожномъ непризнаніи этого запрещенія. 1) Поэтому не будетъ недозволенности дѣйствія тамъ, гдѣ гражданско-правовая норма допускаетъ нарушеніе правъ лица, напр., при взысканіи по исполнительному листу. Равнымъ образомъ, не будетъ недозволенности дѣйствія и тамъ, гдѣ нѣтъ 2) ни умышленности, ни неосторожности. Та и другая требуется для правонарушенія потому, что дѣйствіе лица въ правѣ есть актъ его воли. Поэтому, съ точки зрѣнія права такое дѣйствіе, въ которомъ не будетъ обнаружено ни умысла, ни неосторожности, не можетъ быть названо дѣйствіемъ, а случаемъ. Тѣмъ не менѣе, въ наукѣ спорно данное положеніе. Нѣкоторые ученые считаютъ правонарушеніемъ всякое дѣйствіе лица, будетъ ли оно умышленнымъ, неосторожнымъ или случайнымъ, если только возможно установить отношеніе между этимъ дѣйствіемъ и причиненнымъ имъ вредомъ, какъ отношеніе причины къ слѣдствію, короче, доказать причинную связь. Поэтому человекъ, упавшій въ обморокъ въ магазинѣ со стеклянной посудой и разбившій тамъ часть ея при своемъ па-

*) Е. В. Пассекъ, Неймущественный интересъ въ обязательствѣ, Юрьевъ. 1894; Петражицкій, Возмѣщеніе неймущественнаго вреда съ точки зрѣнія соціальной политики (Право, 1900, №№ 11, 12, 13 и 16). См. также соотвѣтствующія мѣста общегерманскаго уложенія.

деніи, будетъ отвѣчать за разбитую посуду, если даже будетъ доказано, что его паденіе не было вызвано умысломъ или неосторожностью, а случайнымъ паденіемъ.

3. Наше дѣйствующее законодательство смотритъ на правонарушеніе, какъ на такое дѣйствіе, которое, будучи недозволеннымъ, предполагаетъ причиненіе вреда и убытковъ кому-либо „дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка“ (ст. 684 т. X ч. 1).

Къ сожалѣнію, нашъ законъ не говоритъ ясно, разумѣть ли онъ подъ дѣяніемъ или упущеніемъ только умышленное и неосторожное дѣйствіе или и случайное. Правда, въ другой статьѣ прямо постановлено: „Какъ по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому-либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой производятъ право требовать вознагражденія“ (ст. 574 т. X ч. 1). Казалось бы, поэтому, что разъ долженъ быть вознагражденъ всякій ущербъ, то, слѣдовательно, и вредъ, случайно причиненный однимъ лицомъ другому. Но ст. 684 даетъ основаніе предположить, что подъ дѣяніемъ или упущеніемъ нельзя разумѣть случайнаго дѣйствія: „Всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка, если только будетъ доказано, что онъ не былъ принужденъ къ тому... стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить (ст. 684 т. X ч. 1). Однако, здѣсь имѣется въ виду особый, квалифицированный случай (т. наз. непреодолимая сила). На основаніи этого исключенія—освобожденія отъ отвѣтственности за квалифицированный случай, можно предположить, что нашъ законъ считаетъ дѣйствіе просто случайное (простой случай) правонарушеніемъ.

Въ противоположность этому логическому выводу сенатъ, въ своемъ толкованіи ст. 684, признаетъ, что лицо, причинившее убытокъ случайно, а не вслѣдствіе небрежности или неосторожности, не подлежитъ отвѣтственности по ст. 684 (74/34),

кроме случаев, когда мера и степень ответственности точно определены договором (72/422).—Къ сожалѣнію, наше законодательство не даетъ яснаго отвѣта и по другому существенному пункту: предполагаетъ ли правонарушеніе причиненіе имущественнаго вреда, или также и неимущественнаго? Повидимому, по нашему праву возможно нарушеніе такихъ неимущественныхъ правъ, которыя обезпечены неустойкой (ст. 1554 т. X ч. 1) или, во всякомъ случаѣ, уголовнымъ закономъ. Разъясняя смыслъ ст. 1585, и сенатъ склоненъ думать, что лишь та неустойка не подлежитъ исполненію, которая условлена за дѣйствіе, „коимъ совершившій его никакой своей имущественной предъ контрагентомъ обязанности и никакого его интереса не нарушаетъ“ (03/83). Поэтому въ томъ же самомъ разъясненіи (03/83), сенатъ говоритъ, что если бы искъ оправдывался обезпеченіемъ „нравственнаго интереса“, то суду должно быть объяснено, въ чемъ этотъ интересъ заключался, дабы судъ имѣлъ возможность оцѣнить законность его интереса.

§ 11. Событія и, въ частности, время.

1. Въ тѣхъ случаяхъ, когда гражданско-правовая норма производитъ измѣненіе въ распредѣленіи и осуществленіи частной власти лицъ независимо отъ ихъ дѣйствій,— во всѣхъ этихъ случаяхъ, съ точки зрѣнія гражданского права, будутъ имѣть мѣсто событія.

Независимость гражданско-правовой нормы отъ дѣйствій лица слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что она вліяетъ на правопорядокъ не путемъ юридическихъ актовъ и правонарушеній, а посредствомъ какихъ-либо иныхъ фактовъ. При томъ эти факты могутъ возникать въ жизни безъ всякаго участія въ томъ людей или даже и при ихъ участіи. Но въ этомъ послѣднемъ случаѣ участіе людей никогда не можетъ сказываться въ юридическихъ актахъ или правонарушеніяхъ, а обнаруживается лишь въ какихъ-либо иныхъ человѣческихъ дѣйствіяхъ. Поэтому къ событіямъ слѣдуетъ отнести: 1) случай (§ 11. 3), 2) смерть (§ 3. III. 1), 3) рожденіе (§ 3. II. 1) и многіе другіе факты. Среди этихъ фактовъ важное мѣсто занимаетъ время.

2. *Истечение времени ведетъ или а) къ возникновенію правъ (пріобрѣтательная давность), или б) къ прекращенію защиты правъ путемъ иска (исковая давность).*

а. *Пріобрѣтательная, или земская давность, называемая также давностью владѣнія, есть способъ пріобрѣтенія права собственности лицомъ, которое провладѣло чужой движимой или недвижимой вещью, какъ своею собственною, въ теченіе опредѣленнаго срока *).* „Спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности, постановляетъ ст. 533 т. X ч. 1, превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности“. При этомъ, „общій срокъ земской давности какъ въ недвижимыхъ, такъ и въ движимыхъ имуществѣхъ полагается десятилѣтній“ (ст. 565 т. X ч. 1). Пріобрѣтательной давности противопоставляется потеря права собственности того лица, чье владѣніе пріобрѣтено другимъ лицомъ по давности. Т. обр., въ данномъ случаѣ, время ведетъ къ измѣненію субъективныхъ правъ. Самое же владѣніе хотя и есть дѣйствіе лица, однако не требуется, чтобы это дѣйствіе было юридическимъ актомъ или правонарушеніемъ. Область примѣненія пріобрѣтательной давности весьма ограничена. Посредствомъ ея можно пріобрѣсти лишь право собственности и сервитуты (см. болѣе подробно § 24. III 3).

б. *Исковая давность есть, напротивъ, прекращеніе защиты права путемъ иска, вслѣдствіе его непредъявленія въ теченіе 'установленнаго закономъ времени.* „Иски такъ же, какъ и тяжбы, ограничиваются общою земскою десятилѣтнею давностію. Кто въ теченіе оной иска не предъявилъ, или, предъявивъ, хожденія по оному въ присутственныхъ мѣстахъ не имѣлъ, тотъ теряетъ свое право“ (ст. 694 т. X ч. 1). Впрочемъ, кромѣ десятилѣтняго срока, извѣстны у насъ и менѣе продолжительные сроки: 1) трехлѣтній — по искамъ объ ущербахъ и убыткахъ, причиненныхъ въ недвижимомъ имуществѣ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (прил. къ ст. 694 п. 7), а равно по искамъ о выкупѣ продан-

*) О пріобрѣтеніи по давности сервитутовъ см. § 24

наго родового имущества (ст. 1363 т. X ч. 1), 2) двухлѣтній — для исковъ объ уничтоженіи крѣпости: купчей (ст. 1524 т. X ч. 1) и данной (74/877, 90/9, 03/64), а также для исковъ о признаніи завѣщанія недѣйствительнымъ и для всѣхъ вообще споровъ противъ завѣщаній (ст. 1066¹²), 3) годичный — для исковъ о признаніи внѣбрачности ребенка (ст. 1350 Уст. гр. суд.) и годичный же для исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьи, предъявляемыхъ къ владѣльцамъ желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій (ст. 683 п. 7 т. X ч. 1). Напротивъ, болѣе продолжительные сроки, чѣмъ срокъ десятилѣтній, по нашему праву не допускаются. Равнымъ образомъ, наше право не разрѣшаетъ ни удлинять, ни сокращать сроки по согласію сторонъ *).

Что касается области примѣненія исковой давности, то она, въ противоположность пріобрѣтательной давности, широко примѣняется въ гражданскомъ правѣ. Давности не подлежатъ лишь иски: 1) объ имѣніяхъ заповѣд-ныхъ (ст. 564 т. X ч. 1), о дворцовыхъ имуществахъ, именуемыхъ Государевыми (ст. 562¹ т. X ч. 1), т. к. эти имущества не подлежатъ пріобрѣтательной давности, **) 2) иски вдовца или вдовы, такъ и наслѣдниковъ ихъ объ указной части изъ имущества умершаго супруга, если только просьба о выдѣлѣ подана при жизни овдовѣвшимъ супругомъ (ст. 1152 и 1153 т. X ч. 1), 3) иски о признаніи брачности рожденія (ст. 1347 Уст. гр. суд.), 4) иски о признаніи за кѣмъ-либо правъ состоянія (ст. 13 т. IX), 5) иски родителей о возвращеніи дѣтей отъ незаконно ихъ задерживающихъ лицъ, 6) не подлежатъ давности сохранныя росписки между контрагентами (п. 1 ст. 2113 т. X ч. 1).

Срокъ давности десятилѣтней или болѣе короткой начинаетъ течь съ момента нарушенія права (79/118, 79/299, 03/29). ***). При этомъ, начавшаяся давность должна течь

*) Сокращенія встрѣчаются въ практикѣ страховыхъ обществъ.

**) Сюда же слѣдуетъ отнести и всѣ другія имущества, не подлежащія пріобрѣтательной давности (§ 17, III. 2. 6).

***) Въ долговыхъ безсрочныхъ обязательствахъ — со дня предъявленія такого обязательства ко взысканію (ст. 1549, рѣш. Гр. К. Д. 11 фев. 09 г. по д. Вадзинскаго; ср. прим. къ ст. 1259, см. Гойхбаргъ въ жур. Право 1910 г. № 40).

непрерывно, ибо перерывъ давности уничтожаетъ значеніе протекшаго времени. Поэтому, въ случаѣ перерыва, давность возобновляетъ свое теченіе заново, а не присоединяется къ прежней (79/347). Перерывъ давности имѣетъ мѣсто въ случаяхъ: 1) предъявленія иска въ надлежащее судебное мѣсто (ст. 559 т. X ч. 1 и стт. 689 и 692 Уст. гр. суд.) и 2) признанія права со стороны нарушителя, напачим., уплатой аренды или предоставленіемъ возможности осуществлять нарушенное право какимъ-либо способомъ, какъ-то: поселиться въ домѣ, произвести постройку въ имѣніи и т. п. Впрочемъ, законъ знаетъ исключеніе. Онъ допускаетъ такой перерывъ давности, что протекшій срокъ до перерыва присоединяется къ тому сроку, который начинается течъ послѣ перерыва. Такое исключеніе называется, поэтому, въ правѣ не перерывомъ, а пріостановкой давности. Эта пріостановка допускается въ отношеніи 1) малолѣтнихъ, 2) умалишенныхъ, глухонѣмыхъ, а также 3) для состоящихъ въ плѣну или на службѣ въ заграничныхъ походахъ.

1) „Если наслѣдникъ или преемникъ права на имущество будетъ малолѣтній, то на все время малолѣтства его теченіе давности пріостанавливается. Съ достиженіемъ же совершеннолѣтія ему предоставляется... только остальное отъ его предшественника время; но буде оно составитъ менѣе двухъ лѣтъ, то ему предоставляются полные два года“ (п. 2 прил. къ ст. 694 т. X ч. 1). Сенатъ разъяснилъ, что теченіе давности пріостанавливается для всѣхъ исковъ малолѣтняго, а не только для исковъ, перешедшихъ къ малолѣтнему по преемству (04/21). Сенатъ же призналъ, что пріостановка давности въ пользу малолѣтняго не примѣняется къ срокамъ процессуальнымъ (80/298), къ трехлѣтнему сроку для выкупа родовыхъ имѣній (82/48) и къ спеціальной годовой давности для исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, вслѣдствіе смерти и поврежденія въ здоровіи, предъявляемыхъ къ владѣльцамъ желѣзнодорожныхъ и пароходныхъ предпріятій (94/111). Совершенно понятно, что пріостановка давности для несовершеннолѣтнихъ имѣетъ въ виду отсутствіе у нихъ дѣеспособности. Поэтому, въ случаѣ передачи совершеннолѣтнему лицу права на полученіе удовлетворенія по обязательству, принадлежащему несовершеннолѣтнему, пріобрѣтатель въ правѣ

воспользоваться для начатія иска лишь тѣмъ срокомъ давности, какой оставался несовершеннолѣтнему въ моментъ перехода къ пріобрѣтателю обязательства (89/81).

2) Умалишенные и глухонѣмые приравняются къ несовершеннолѣтнимъ, съ тѣмъ исключеніемъ, что срокъ давности считается для нихъ со дня признанія ихъ здоровыми и дѣеспособными (п. 2 ст. 2 прил. къ ст. 694 т. X ч. 1).

3) Состоящіе въ плѣну или по службѣ въ заграничныхъ походахъ, когда постановлена и объявлена для нихъ отсрочка, пользуются пріостановкой давности на все время своего отсутствія (п. 4 прил. къ ст. 694 т. X ч. 1). Мало, однако, понятно, почему законъ устанавливаетъ столь продолжительную пріостановку давности для малолѣтнихъ, душевнобольныхъ и глухонѣмыхъ, ибо отсутствіе у нихъ дѣеспособности восполняется дѣеспособностью ихъ опекуновъ. Напротивъ того, Проектъ (ст. 122) впадаетъ въ другую крайность, признавая, правда съ оговоркой, что теченіе исковой давности не пріостанавливается въ пользу вышеуказанныхъ лицъ, хотя бы ови и не имѣли опекуна.

3. Въ русскомъ правѣ весьма споренъ вопросъ о томъ, прекращаетъ ли исковая давность только право на искъ или и самое право.

Юридическое значеніе даннаго различія весьма важно. Если, наприм., лицо А получило долгъ, погашенный давностью, путемъ добровольной уплаты со стороны своего должника, по ошибкѣ или по какому либо другому основанію, то лицо А обязано возвратить полученный долгъ обратно, разъ исковая давность прекращаетъ и самое право. Наоборотъ, лицо А въ правѣ удержать полученный долгъ, разъ исковая давность погашаетъ только искъ. Большинство нашихъ цивилистовъ признаетъ, что по русскому праву исковая давность погашаетъ не только искъ, но и право. Тѣмъ не менѣе, въ послѣднее время сенатъ занялъ противоположную позицію. Сенатъ разъяснилъ статью 694 въ томъ смыслѣ, что обязательство, по которому истекла давность, продолжаетъ свое существованіе, если отвѣтчикъ не защищался возраженіемъ о давности, а потому взысканіе по такому обязательству не подлежитъ обратному требованію; точно такъ же и добровольное, по истеченіи давности, исполненіе обязательства не можетъ слу-

жить основаніемъ къ повороту исполненія (04/101). Съ такимъ взглядомъ сената нельзя не согласиться, ибо самая юридическая природа исковой давности говоритъ за погашеніе только иска. Искъ и самое право никоимъ образомъ не могутъ быть смѣшиваемы, и, хотя буквальный смыслъ ст. 694 и 692 т. X ч. 1 говоритъ о потерѣ права („тотъ теряетъ свое право“),—однако, подѣ правомъ, въ данномъ случаѣ, можно разумѣть потерю права на искъ, а не потерю матеріальнаго права. Равнымъ образомъ и ссылки на источники данныхъ статей (на манифестъ 1787 г., въ коемъ говорится: „Дѣло да предается забвенію“ и на Банкротскій Уставъ: „Таковые иски и взысканія уничтожаются“), не указываютъ прямо, чтобы уничтожалось самое право. Наконецъ, не лишено значенія, что судъ не обязанъ самъ отъ себя (ex officio) возбуждать вопроса о давности, что онъ безусловно былъ бы обязанъ сдѣлать, если бы исковая давность погашала право. Въ противномъ случаѣ, положеніе суда было бы по меньшей мѣрѣ страннымъ: онъ присуждалъ бы право, которое не существуетъ.

4. Итакъ, время, въ формахъ приобрѣтательной и исковой давности, дѣйствуетъ такимъ образомъ, что то лицо, которое бездѣйствуетъ, не осуществляетъ свою власть, теряетъ или самое право или средство защиты своего права—искъ.

Этимъ какъ бы подчеркивается, что гражданское право требуетъ отъ лица постоянного и живого пользованія своею властью. Гражданское право не мирится съ инертностью лица. Гражданско-правовая норма начинаетъ въ этомъ случаѣ какъ бы дѣйствовать за лицо. Въ наукѣ пытаются подыскать тѣ или другія основанія къ оправданію такого непосредственнаго дѣйствія времени. Среди этихъ основаній (уваженія къ сложившемуся правопорядку, отреченія лица отъ права, наказанія его за нерадѣніе) слѣдуетъ выдвинуть интересъ гражданского оборота, т. е. интересы третьихъ лицъ. Эти лица принимаютъ дѣятельное участіе въ осуществленіи своей власти, въ противоположность бездѣйствующему лицу. Гражданское право и должно признать, поэтому, новыя отношенія, созданныя третьими лицами, такъ какъ на основѣ этихъ отношеній, въ свою очередь, могутъ возникнуть еще другія отношенія

и т. д. Вслѣдствіе этого, защита правъ бездѣйствующаго лица легко могла бы вызвать колебаніе гражданскаго оборота. Данное объясненіе находитъ себѣ подтвержденіе и въ томъ, что съ теченіемъ времени утрачиваются доказательства. Такъ, умираютъ свидѣтели, уничтожаются документы и этимъ затрудняется доказываніе права.

§ 12. Источники гражданско-правовой нормы.

І. Правообразующія силы и формы правообразованія (источники возникновенія права).

1. Терминъ „источники права“ употребляется въ наукахъ въ различныхъ смыслахъ. Подъ источниками права разумѣютъ: правообразующія силы, формы правообразованія и памятники права.

Правообразующая сила—это та сила въ государствѣ (факторъ, органъ), которая творитъ правовыя нормы. Типичный образецъ правообразующей силы представляетъ собою законодатель. Напротивъ, форма правообразованія—это та внѣшняя оболочка, въ которой обыкновенно обнаруживаетъ свое творческое дѣйствіе правообразующая сила. Для законодателя такою формою будетъ законъ. Наконецъ, памятники права—это тѣ разнообразные матеріалы, съ помощью которыхъ въ различныхъ цѣляхъ познаются правовыя нормы, напримѣръ, кодексы, своды законовъ и т. д. Обыкновенно памятники права называютъ, поэтому, источниками познанія права, или источниками правовѣдѣнія и противоплагаютъ ихъ правообразующимъ силамъ и формамъ правообразованія, какъ источникамъ, созидającym право. Такое противопоставленіе не совсѣмъ точно. Форма правообразованія сама по себѣ не творитъ нормы, а есть лишь внѣшнее выраженіе творческой дѣятельности правообразующей силы. Поэтому и на вопросъ о томъ, кто творитъ гражданско-правовыя нормы, столь необходимыя, какъ показано выше, для распредѣленія и осуществленія частной власти людей, слѣдуетъ отвѣтить въ томъ смыслѣ, что эти нормы творятъ правообразующія силы (2).

2. *Какія, однако, силы творятъ гражданско-правовыя нормы,—на это отвѣчаютъ въ науку различно.*

Одни считаютъ такими силами: отдѣльнаго человѣка, народъ, законодателя, судей и даже юристовъ и ученыхъ. Напротивъ, другіе признаютъ такими силами только народъ и законодателя. Въ особенности горячій споръ ведется вокругъ того, могутъ ли дѣйствія отдѣльнаго человѣка сами по себѣ вести къ созданію правовой нормы. Иными словами, постоянное соблюденіе какихъ-либо юридическихъ дѣйствій есть ли только форма познанія права или правообразующая сила? Историческая школа, въ лицѣ Пухты и Савиньи, отвѣчала на данный вопросъ отрицательно. Она считала, что какъ тѣло не есть начало души, а скорлупа не есть начало ядра, такъ и юридическія дѣйствія человѣка не могутъ быть началомъ правовой нормы, хотя бы эти дѣйствія и соблюдались постоянно, какъ обычай въ гражданскомъ обществѣ. Точка зрѣнія исторической школы въ настоящее время, однако, сильно поколеблена. Нынѣ все чаще и чаще проводится тотъ взглядъ, что дѣйствія людей, постоянно повторяемые, вызываютъ у людей сознаніе въ ихъ цѣлесообразности и необходимости, какъ правилъ поведенія людей. Поэтому и народъ, какъ творецъ обычной правовой нормы, является правообразующей силой не только въ цѣломъ, какъ носитель общей культуры, индивидуальности народа (національности), но и въ отдѣльныхъ своихъ гражданахъ. Отсюда, правообразующей силой, во-первыхъ, слѣдуетъ признать каждаго гражданина, который, отстаивая свою личность и, въ частности, свой матеріальный интересъ, не только поддерживаетъ существующее право, но и измѣняетъ его въ связи съ нарождающимися потребностями жизни, творитъ новое право (юридическій актъ). Во-вторыхъ, правообразующая сила—это самъ народъ, въ томъ смыслѣ, что незамѣтно для сознанія отдѣльныхъ своихъ членовъ онъ мало-по-малу также творитъ обычное право. Въ-третьихъ, само собою разумѣется, что законодатель есть правообразующая сила, будетъ ли имъ весь народъ (собраніе гражданъ, его представителей), или отдѣльные граждане — носители законодательной власти (государи). Въ-четвертыхъ, судьи, какъ лица, призванныя примѣнять въ жизни гражданско-правовыя нормы, толкуя ихъ и придерживаясь своего толкованія, могутъ мало-по-малу создать также нормы (судебная практика). Что

же касается юристовъ и ученыхъ, то они въ настоящее время не могутъ быть названы правообразующей силой. Они, правда, вліяютъ на выработку нормъ, но сами по себѣ ихъ сочиненія, конечно, не являются нормами. Нашъ сенатъ запрещаетъ ссылаться въ судахъ на сочиненія юристовъ. Напротивъ, у римлянъ сочиненія юристовъ, по обычному праву, а потомъ по закону, были признаны гражданско-правовыми нормами, и ихъ цитировали въ судахъ. Объ отношеніи другъ къ другу правообразующихъ силъ см. 3.

3. Соответственно вышеуказаннымъ правообразующимъ силамъ, ихъ дѣйствіе будетъ выражаться въ слѣдующихъ формахъ правообразованія: а) обычномъ правѣ, б) законѣ и в) судебной практикѣ.

При этомъ, какъ было показано выше (2), обычное право творится не только народомъ въ цѣломъ, въ его правосознаніи (народномъ духѣ), но и путемъ дѣйствій отдѣльныхъ своихъ гражданъ (въ юридическихъ актахъ).

а. Обычное право, какъ форма правообразованія, признана у насъ не только сенатской практикой, но и закономъ.

1) Такъ, во всѣхъ судахъ разрѣшается примѣнять обычное право въ дѣлахъ о наслѣдованіи и объ опекахъ среди крестьянъ (Общ. пол. о крест. ст. 1 прим. 1 и ст. 13). При этомъ сенатъ истолковалъ, что, въ порядкѣ наслѣдованія имущества и раздѣла наслѣдства, крестьяне могутъ руководствоваться мѣстными своими обычаями, хотя бы таковыя противорѣчили общимъ законамъ (78/225, 84/105) и что общіе законы могутъ примѣнены лишь въ томъ случаѣ, когда тяжущіеся не указали на существованіе обычая или когда обычай признанъ недоказаннымъ (85/3, 91/86). Позже сенатъ разъяснилъ, что при недоказанности мѣстныхъ обычаевъ примѣняется, однако, не общій порядокъ законнаго наслѣдованія, а тотъ, который вытекаетъ изъ существа и свойства принадлежащаго крестьянамъ права на надѣльное имущество, и при подворномъ владѣніи онъ опредѣляется фактической принадлежностью къ семьѣ, за которой надѣлъ зачисленъ, какъ хозяйственной рабочей единицей (98/71,

ср. О. С. 98/2). Такимъ образомъ, хотя крестьяне и могутъ пользоваться мѣстными обычаями, однако наслѣдованіе по мѣстнымъ обычаямъ не есть единственная и безусловная норма преемственного перехода имущества между крестьянами (толкованіе ст. 38 Общ. пол. о крест. въ особомъ прилож. т. IX: 98/71, ср. О. С. 98/2).

2) Въ низшихъ судахъ (у мировыхъ, городскихъ судей и земскихъ начальниковъ) судья обязанъ во всѣхъ дѣлахъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, примѣнять общеизвѣстные мѣстные обычаи, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе ихъ „дозволяется именно закономъ или въ случаяхъ положительно неразрѣшаемыхъ закономъ“ (ст. 130 Уст. гр. суд. и ст. 88 Пол. зем. нач.). *).

3) Наконецъ, обычай примѣняется судебными мѣстами при толкованіи договоровъ (п. 4 ст. 1539 т. X ч. 1).

Такимъ образомъ, обычное право не только имѣетъ у насъ ограниченную область своего примѣненія, но и сила дѣйствія его находится въ зависимости отъ признанія закономъ. Между тѣмъ, вопросъ объ отношеніи обычая къ закону чрезвычайно споренъ.

б. Законъ есть юридическая норма, одобренная нынѣ, согласно основнымъ законамъ 23 апрѣля 1906 года, Государственной Думой и Государственнымъ Совѣтомъ и утвержденная Государемъ Императоромъ.

Законъ, какъ гражданско-правовая норма, въ отличіе отъ всякаго другого закона, опредѣляетъ частныя отношенія гражданъ между собой, т. е. устанавливаетъ правила распределенія и осуществленія субъективныхъ правъ гражданъ. Гражданскіе законы дѣлятся на общіе и мѣстные. Общіе дѣйствуютъ на всей территоріи, мѣстные—въ извѣстныхъ частяхъ ея. Законы дѣ-

*) Волостному суду, при разрѣшеніи тяжбъ и споровъ между крестьянами, дозволяется также руководствоваться мѣстными обычаями (ст. 25 Врем. прав. о вол. судѣ 12 іюля 1889 г.).—Обычай примѣняется въ брачныхъ дѣлахъ инородцевъ (ст. 90 т. X ч. 1). Въ Закавказьѣ допускается также примѣненіе обычая (прим. къ ст. 452 т. ч. 1, ст. 454 и прим. къ ст. 1700).

лятся также на особенные и специальные. Особенности дѣйствуютъ въ отношеніи опредѣленнаго рода дѣлъ, специальные—въ отношеніи только опредѣленныхъ лицъ.

в. Вопросъ о томъ, могутъ ли однообразно и постоянно примѣняющіяся рѣшенія судьи (судебная практика) быть формой правообразованія, сводится къ другому вопросу—объ отношеніи судьи къ закону.

Въ XIX вѣкѣ, при изданіи общегерманскаго уложенія, его составители указывали, что обычное право въ современной гражданской жизни трудно обнаруживается и не можетъ играть своей прежней роли, какъ источника, восполняющаго законъ. Поэтому они видятъ этотъ источникъ въ судебной практикѣ. Но для того, чтобы судебная практика могла выполнять свою роль, для этого судьи должны примѣнять законъ съ точки зрѣнія его цѣлесообразности. Такимъ образомъ, если судья, встрѣчая новыя явленія жизни, подводитъ ихъ подъ старую норму, то онъ продолжаетъ работу законодателя. Въ противномъ случаѣ,—идетъ противъ новыхъ явленій жизни, остается строгимъ исполнителемъ закона и терпѣливо ждетъ законодательнаго творчества. вмѣстѣ съ тѣмъ дѣятельность судьи, въ первомъ случаѣ, ведетъ къ справедливости, во второмъ, ее нарушаетъ. Только въ первомъ случаѣ судебная практика, основанная на цѣлесообразномъ примѣненіи нормъ закона въ жизни, можетъ быть названа формой правообразованія въ собственномъ смыслѣ этого слова. Нынѣ швейцарское гражданское уложеніе прямо признало за судьей творческую роль въ созданіи права. Въ наукѣ, однако, и до настоящаго времени весьма оспариваютъ эту роль судьи, не признаютъ, чтобы судейское усмотрѣніе, выраженное въ судебныхъ рѣшеніяхъ, было формой правообразованія. Взглядъ на судью, какъ на продолжателя работы законодателя, можетъ быть нѣсколько примиренъ со взглядомъ на судью, какъ простаго исполнителя закона. Несомнѣнно, что судья не можетъ переходить границъ, установленныхъ закономъ, хотя бы того и требовала цѣлесообразность. Нельзя отдать интересы гражданъ въ руки судьи, довѣрять его личному пониманію потребностей жизни. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя, однако, отнять у судьи и право примѣнять норму возможно широко, пользоваться аналогіей, разъ того требуетъ жизнь, и воля законодателя при

этомъ не нарушается. Въ такомъ смыслѣ судебная практика, какъ форма правообразованія, повсюду существовала и существуетъ до настоящаго времени, независимо отъ того или другого разрѣшенія теоретическаго вопроса о роли судьи.

Что касается русскаго права, то судебная практика признается у насъ формой правообразованія:

1) Ст. 9 Уст. гр. суд. хотя и требуетъ, чтобы всѣ судебныя установленія рѣшали дѣла „по точному разуму дѣйствующихъ законовъ“, однако, въ случаѣ „ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія“, она обязываетъ судебныя установленія „основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ“. При этомъ ст. 10 того же устава воспрещаетъ „останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ. За нарушение сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи“. Такимъ образомъ, судебныя установленія, подъ страхомъ отвѣтственности, не могутъ отказывать въ рѣшеніи дѣла тамъ, гдѣ возможно основать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ. Въ этомъ отношеніи за судьей признается творческая роль: развитіе волю законодателя, хотя бы она и не была прямо выражена для отдѣльныхъ случаевъ.

2) Такъ какъ судебныя рѣшенія, основанныя на общемъ смыслѣ законовъ, или даже и на точномъ разумѣ законовъ, могутъ въ свою очередь противорѣчить другъ другу, то высшая инстанція по толкованію законовъ—сенатъ—обязываетъ судебныя установленія подчиняться ея сужденію. Именно: ст. 813 того же устава постановляетъ, что „въ разъясненіи точнаго разума законовъ судебныя установленія обязаны подчиняться сужденію сената, и кассационныя жалобы противъ постановленіяго на семъ основаніи второго рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не пріемлются“. Съ этою цѣлью, согласно ст. 815 того же устава, „всѣ рѣшенія и опредѣленія Кассационныхъ Департаментовъ Сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ“ *). При этомъ ст. 793 того же устава даетъ

*) Однако, Губернское Присутствіе не связано сенатскими разъясненіями (ст. 123 Пол. о зем. нач. т. IX прил. Ср. здѣсь же прим. къ ст. 130).

сенату въ руки и средство заставить судебныя установленія подчиниться сужденію сената: „Просьбы о кассациі рѣшеній допускаются: 1) въ случаѣ явнаго нарушенія прямого смысла закона и неправильнаго его толкованія“... Такимъ образомъ, сенатъ имѣетъ возможность отмѣнять рѣшенія судебныхъ установленій, если они не согласуются съ сенатскими разъясненіями. Будетъ, однако, ошибкой думать, что сенатскія разъясненія юридически имѣютъ силу закона. Судъ можетъ постановить рѣшеніе, не согласное съ прежними сенатскими разъясненіями, и такимъ образомъ нарушить единообразное истолкованіе законовъ. При этомъ, если рѣшеніе суда окажется болѣе правильнымъ, чѣмъ прежнія сенатскія разъясненія, и сенатъ признаетъ это, то тѣмъ самымъ будетъ создано новое сенатское толкованіе въ отмѣну прежнихъ. Только въ такомъ процессѣ живого толкованія законовъ судебными установленіями и сенатомъ возможно поступательное движеніе нашего гражданскаго права.

3) Хотя въ частномъ случаѣ законъ и постановляетъ, что „при исполненіи договоры должны быть изъясняемы по словесному ихъ смыслу“ (ст. 1538 т. X ч. 1), однако, закономъ же предоставлено суду право изъяснять договоры „по намѣренію ихъ и доброй совѣсти“, если словесный смыслъ ихъ представляетъ важныя сомнѣнія (ст. 1539 т. X ч. 1). При этомъ сенатъ опредѣляетъ, что изъясненіе всякаго договора по точному его разуму и словесному смыслу принадлежитъ суду, рѣшающему дѣлу по существу (88/20 и др.) и, такимъ образомъ, отказывается отъ повѣрки правильности истолкованія договоровъ судомъ. Изъясненіе договоровъ „по намѣренію ихъ и доброй совѣсти“ открываетъ также судѣ возможность творить право, основываясь на дѣятельности лица (юридическихъ актахъ).

II. Источники познанія гражданско-правовой нормы въ русскомъ правѣ.

1. Такими источниками будутъ прежде всего законы:
а) общіе, б) мѣстные, в) особенные и г) спеціальныя.

а. Общіе законы.

1) Законы гражданскіе (Св. Зак. т. X ч. 1 изд. 1900 г.). Въ настоящее время широко распространенъ взглядъ о неудовлетворительности главнаго источника познанія гражданско-

правовой нормы—нашего тома X части 1-й. Указываютъ, что въ немъ очень мало общихъ нормъ, слѣдовательно, онъ казуистиченъ; говорятъ, что онъ отсталъ отъ жизни. Въ немъ отсутствуетъ структура договора, семейное право его покоится на патріархальныхъ началахъ, наследственное право, какъ построенное въ связи съ отжившими поземельными отношеніями (помѣстной системой), наиболѣе устарѣло. Поэтому уже сдѣлана попытка создать гражданское уложеніе (см. ниже 3. Проектъ гражд. улож.). Тѣмъ не менѣе, т. X ч. 1 заслуживаетъ полного уваженія. Онъ представляетъ собою не только первую попытку созданія гражданскихъ законовъ на основѣ русской указной практики въ рамкахъ западно-европейскихъ гражданскихъ кодексовъ, не только освященъ давностью (первое изданіе—1832 г.), но выполненъ послѣдующимъ частичнымъ законодательствомъ и истолкованъ богатой сенатской практикой въ связи съ потребностями измѣнявшейся русской жизни. Неустойчивость же сенатской практики, какъ явленіе вообще неизбежное, не можетъ быть поставлена въ вину тому X части 1.—Онъ раздѣляется на 4 книги: кн. I—о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ, кн. II—о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще, кн. III—о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности, кн. IV—о обязательствахъ по договорамъ. Лучшія комментированныя изданія т. X ч. 1 принадлежатъ: Гаугеру, Боровиковскому и Тютрюмову.

2) Нѣкоторые гражданскіе законы разбросаны по другимъ томамъ Св. Зак.: въ т. IX содержится крестьянское право, въ т. XI ч. 1—постановленія о бракахъ между лицами неправославными, въ ч. 2—торговые законы*), въ т. XII ч. 1—постановленія объ ограниченіи права собственности, въ т. XVI ч. 1—положеніе о нотаріальной части, въ т. XVI ч. 2—положеніе о взысканіяхъ гражданскихъ.

б) Мѣстные законы:

1) Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ, изданный впервые въ 1864 году (3-я часть Свода мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ).

*) Многие торговые законы примѣняются также и въ гражданскомъ оборотѣ.

2) Гражданское уложение Царства Польскаго 1825 года, Ипотечные уставы 1818 и 1825 гг. и Кодексъ Наполеона (съ кн. II по кн. III). Всѣ эти законы дѣйствуютъ въ губерніяхъ бывшаго Царства Польскаго.

3) Шестикнижіе Арменопула, созданное въ 1345 году, съ грамотою Маврокордато (1785 г.) и краткое собраніе законовъ Доница. Эти т. н. бессарабскіе законы не исключаютъ, однако, примѣненія т. X ч. 1, а равнымъ образомъ и ссылокъ на кодексъ Юстиніана съ новеллами и на Базилики, какъ на первоисточники сборниковъ Арменопула и Доница (00/72, 09/35).

4) Шведское уложение 1734 года, дѣйствующее въ Великомъ княжествѣ Финляндскомъ (имѣется переводъ Малышева 1894 г.).

5) Извлеченіе изъ Литовскаго статута, включенныя въ составъ т. X ч. 1, дѣйствующія въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской.

в) Особенные законы:

1) Церковные законы: Уставъ духовн. консисторій въ перепечаткѣ 1883 года, Книга правилъ 1839 года, Кормчая книга 1563 года, Кононическія правила католической церкви (ст. 61, 65, ср. ст. 90 т. X ч. 1), Устанъ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій (т. XI ч. 1).

2) Торговые законы (т. XI ч. 2 изд. 1903 г.).

г) Спеціальные законы:

1) Коранъ (ст. 1338 т. X ч. 1, коею предусматриваются раздѣлы наслѣдствъ у магометанъ).

2. *Далѣе, источниками познанія гражданско-правовой нормы служатъ: а) Полное собраніе законовъ, б) Рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената и в) Правительственный Вѣстникъ.*

а. Полное собраніе законовъ служитъ къ познанію гражданско-правовой нормы въ качествѣ первоисточника статей т. X ч. 1

(историческое толкованіе). Ссылки на первоисточники даны подъ статьями т. X ч. 1. Напримѣръ, ст. 1149: „Вдова не лишается указной части и изъ того имущества, которое слѣдовало бы мужу ея, если бы при открытіи наслѣдства послѣ отца его, онъ въ живыхъ находился“. Подъ этой статьей непосредственно находятся сноски: „1731 Март. 17 (5717), ст. 1, 2; 1772 Окт. 3. (13875); 1805 Март. 30 (21687)“. Цифры, заключенныя въ скобки, означаютъ номера законовъ въ Полномъ собраніи, цифры же, не заключенныя въ скобки,—время изданія закона.

б. Рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената публикуются во всеобщее свѣдѣніе. Тезисы этихъ рѣшеній даются обыкновенно въ комментированныхъ изданіяхъ т. X ч. 1 (см. II 1. а. 1) *).

в. Въ Правительственномъ Вѣстникѣ публикуются гражданскіе законы. Отчеты Государственной Думы даютъ также богатый матеріалъ въ качествѣ законодательныхъ мотивовъ, напр. для авторскаго права и др.

3. *Что касается Проекта гражданского уложенія, выработаннаго особой комиссіей, учрежденной въ 1883 году, то онъ можетъ служить въ качествѣ цѣннаго пособія къ познанію недостатковъ нашихъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ.*

Къ сожалѣнію, самъ Проектъ гражд. уложенія построенъ на принципахъ общей теоріи гражданского права, отличается поэтому теоретичностью, не всегда соотвѣтствуетъ интересамъ русскаго гражданского оборота и нерѣдко представляетъ собою буквальный или перефразированный переводъ съ общегерманскаго уложенія. Поэтому языкъ проекта тяжелъ и смыслъ статей не всегда понятенъ безъ сравненія съ германскимъ подлинникомъ. Терминологія юридическая не всегда точна, чѣмъ вводится путаница въ юридическія понятія. Этими недостатками и многими

*) Сводъ кассационныхъ положеній у Исаченко (СПБ. 1911).

другими объясняется въ общемъ отрицательное отношеніе русской науки къ Проекту. Нужно поэтому желать, чтобы Проектъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ имѣется въ настоящее время, не сдѣлался закономъ *).

*) В. И. Синайскій, Необходимо ли намъ спѣшить съ изданіемъ гражданскаго уложенія и можемъ ли мы создать его въ настоящее время? Варшава, 1911. Ср. Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лоринговеиъ, Национальность въ гражданскомъ правѣ и проектъ гражданскаго уложенія (вступ. лекція, нап. въ Ж. М. Ю. 1911 дек.).

Часть II.

Вещное право.

Глава I. Понятіе о вещномъ правѣ.

§ 13. Построеніе (конструкція) вещнаго права.

1. Вещное право, въ отличіе отъ обязательственнаго и семейнаго права, есть власть (правомочіе) лица (физическаго или юридическаго) надъ вещами.

См. § 1, 1. 6.—Эта власть есть непосредственная и исключительная (абсолютная) (§ 1. 1. г.). Какъ непосредственная власть лица надъ вещами, она выражается въ непосредственномъ отношеніи лица къ вещи, т. е. не требуетъ для своего осуществленія власти другого лица (должника). Какъ власть того или другого лица исключительная (абсолютная), она устраняетъ власть всѣхъ другихъ лицъ. Поэтому въ защиту вещной власти возможно предъявить искъ ко всякому лицу, кто бы ни нарушилъ вещное право (вещный искъ), а не къ заранее опредѣленному лицу—должнику (обязательственный искъ). Такимъ образомъ, не нуждаясь во власти другихъ и исключая власть всѣхъ лицъ, вещная власть какъ бы довлѣетъ сама себѣ. Ее можно, поэтому, выразить въ формулѣ: Л—В, причемъ Л означаетъ лицо, В означаетъ вещь и черта — непосредственное и исключительное отношеніе лица къ вещи. Такое построеніе вещнаго права есть старая римская конструкція, совершенно понятная съ точки зрѣнія гражданскаго права, какъ власти того или другого

лица (§ 1). Эта конструкция будетъ, однако, невѣрна съ точки зрѣнія гражданского права, какъ юридическаго отношенія (§ 2). Именно, вещное право, какъ юридическое отношеніе, есть отношеніе между людьми, а не между человѣкомъ и вещью. Нынѣ создана, поэтому, новая конструкция: вещное право есть власть „надъ людьми по поводу вещи“, т. е. такое отношеніе опредѣленнаго лица къ вещи, благодаря которому это лицо, исключая всѣхъ другихъ лицъ отъ этой вещи, находится со всѣми людьми въ отношеніи отрицанія ихъ правъ на эту вещь. Эта конструкция можетъ быть выражена въ слѣдующей формулѣ:

$$Л \text{ — } В \text{ — } Л^{n+1}$$

Л означаетъ субъекта вещнаго права, В — вещь и $Л^{n+1}$ означаетъ всѣхъ другихъ лицъ. Эта новая конструкция вещнаго права, правильная сама по себѣ съ точки зрѣнія гражданского права, какъ правоотношенія людей, уступаетъ, однако, старой конструкции въ конкретности, житейской наглядности. Будучи послѣдовательнѣе первой, она менѣе удобна. Ею не подчеркивается рѣзко цѣль вещнаго права—господство человѣка надъ вещью, что прежде всего бросается въ глаза въ обыденной жизни.

§ 14. Вещь, какъ объектъ права.

1. Понятіе о вещи въ правѣ слѣдуетъ строго отличать отъ понятія вещи на обыденномъ языкѣ.

Именно, вещь, какъ объектъ права (вещной власти лица), съ одной стороны, уже обыденнаго понятія о вещи, потому что не всякая вещь можетъ служить предметомъ власти, обладанія (наприм., солнце и вообще вещи, изъятыя изъ гражданского оборота); а съ другой—шире, потому что подъ понятіе вещи въ правѣ подходятъ и не физическіе предметы, какъ то, права. Впрочемъ, если держаться строгаго понятія о правѣ, какъ выраженіи господства, или власти человѣка надъ вещью, то права не должны быть относимы къ вещамъ. Поэтому не точно говорятъ, наприм., о продажѣ цѣнныхъ бумагъ, потому что продаются не сами бумаги, а цѣнность, выраженіемъ которой онѣ служатъ. Тѣмъ не менѣе, уже давно не проводится строгаго различія

между вещью, какъ физическимъ предметомъ, и правомъ, какъ бы невещественнымъ предметомъ (у римлянъ: тѣлесныя и безтѣлесныя вещи).

2. Такъ какъ, далѣе, свойства вещей имѣютъ существенное значеніе для вещнаго права, то отсюда различаютъ виды вещей: а) движимыя и недвижимыя, б) родовыя и благопріобрѣтенныя, в) дѣлимыя и недѣлимыя, г) потребляемыя и непотребляемыя, д) тлѣнныя и нетлѣнныя, е) замѣнимыя и незамѣнимыя, ж) главныя и побочныя, з) сложныя и простыя, и) вещи вѣнгоборотныя и оборотныя.

а. Дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя есть наиболѣе важное дѣленіе вещей, какъ въ древнемъ, такъ и въ современномъ гражданскомъ оборотѣ. Впрочемъ, нынѣ различіе между движимыми и недвижимыми вещами нѣсколько сглажено, благодаря т. н. мобилизаціи недвижимостей, т. е. обращенію въ гражданскомъ оборотѣ недвижимостей наравнѣ съ движимостями. Въ частности, цѣнность недвижимостей можетъ быть выражена въ бумагахъ, и эти то бумаги такъ же свободно, какъ движимости, передаются въ гражданскомъ оборотѣ. Такими бумагами въ Германіи являются ипотечное свидѣтельство, вотчинный и рентный долгъ, у насъ—закладныя свидѣтельства. Такъ, ипотечное свидѣтельство можетъ быть свободно передаваемо третьимъ лицамъ какъ съ требованіемъ, которое оно обезпечиваетъ, такъ и безъ требованія (общегерм. ул. ст. 1153). Равнымъ образомъ, вотчинный долгъ (общегерм. ул. ст. 1191) и рентный долгъ (общегерм. ул. ст. 1199) могутъ быть передаваемы, согласно правиламъ объ ипотекахъ. Последнее время и сенатъ измѣнилъ свою практику, сталъ допускать передачу закладныхъ свидѣтельствъ (см. § 21. II) и такимъ образомъ способствуетъ мобилизаціи недвижимости у насъ.

Что касается понятія недвижимости, то *недвижимостью* считаютъ землю и все то, что неразрывно съ нею связано. То же, что можетъ быть сдвинуто съ своего мѣста безъ поврежденія своей цѣнности и назначенія, составляетъ *движимость*. Въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ нѣтъ общихъ понятій по данному предмету. Стт. 384 и 401 т. X ч. 1 даютъ

лишь перечисленіе, далеко не полное, недвижимыхъ и движимыхъ имуществъ. Несомнѣнно, однако, что дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя есть дѣленіе условное: многое зависитъ отъ техники (переносъ домовъ въ Америкѣ), многое зависитъ и отъ права. Такъ, строеніе на чужой землѣ, какъ бы оно велико и цѣнно ни было, наприм., постоянный театръ, считается у насъ движимостью. Равнымъ образомъ, дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя вещи не только условно, но и искусственно. Такъ, 1) залоговыя права, согласно ст. 402 т. X ч. 1, отнесены къ имуществамъ движимымъ и 2) искусственно создано понятіе объ „отдѣльной недвижимости“. Подъ отдѣльною недвижимостью разумѣется все то, что въ крѣпостномъ реестрѣ или тамъ, гдѣ введена ипотека, въ ипотечномъ реестрѣ, занимаетъ особое, самостоятельное мѣсто, хотя бы это не отвѣчало дѣйствительному положенію вещей. Такъ, два участка земли, находящіеся въ общей междѣ и принадлежащіе одному хозяину, будутъ двумя отдѣльными недвижимостями, если каждый изъ нихъ имѣетъ свой особый листъ въ реестрѣ.

б. Родовыя и благопріобрѣтенныя вещи. Не менѣе важное значеніе имѣетъ раздѣленіе въ нашемъ правѣ недвижимыхъ вещей на родовыя и благопріобрѣтенныя. „Имущества родовыя суть: 1) всѣ имущества, дошедшія по праву законнаго наслѣдованія; 2) имущества, дошедшія отъ перваго ихъ пріобрѣтателя, хотя и по духовному завѣщанію, но къ такому родственному лицу, которое имѣло бы по закону право наслѣдованія; 3) имущества, доставшіяся по купчимъ крѣпостямъ отъ родственниковъ, коимъ дошли по наслѣдству изъ того же рода, и, наконецъ, 4) родовымъ имѣніемъ должны быть почитаемы всякаго рода зданія и постройки, возведенныя владѣльцемъ въ селеніи или городѣ на землѣ, дошедшей къ нему по наслѣдству (ст. 399 т. X ч. 1)“. Сенатъ признаетъ также родовымъ имѣніе, доставшееся дѣтямъ по выдѣлу (88/74), по благопріобрѣтеннымъ—имѣніе родителей, перешедшее къ ихъ дѣтямъ по дарственной записи. Это различіе въ сенатской практикѣ объясняется тѣмъ, что сенатъ на выдѣлъ смотритъ, какъ на предваренное наслѣдство. Всѣ остальные недвижимыя имущества будутъ благопріобрѣтенными. Юридическое значеніе раздѣленія недвижимыхъ имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя сказывается

въ томъ, что родовыя имущества не подлежатъ безвозмездному отчужденію путемъ юридическихъ актовъ, какъ между живыми, такъ и на случай смерти (ст. 967 т. X ч. 1), а проданныя чужеродцамъ подлежатъ выкупу (ст. 1346 и сл. т. X ч. 1). Проектъ гражданского уложенія уничтожаетъ дѣленіе недвижимостей на родовыя и благопріобрѣтенныя. Во-первыхъ, потому, что цѣль родовыхъ имуществъ—обеспечить матеріальное существованіе ближайшихъ родственниковъ по крови, не вполне достигается, т. е. собственникъ можетъ, уничтоживъ родовой характеръ имущества, распорядиться имъ, какъ благопріобрѣтеннымъ (п. 4 ст. 397 т. X ч. 1). Во-вторыхъ, потому, что проектъ, въ согласіи съ современной теоріей гражданского права, гораздо лучше обеспечиваетъ интересы кровныхъ родственниковъ путемъ такъ наз. обязательной доли (Пр., ст. 1460 и сл.).

Предположенное Проектомъ уничтоженіе дѣленія имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя, въ связи съ созданіемъ института обязательной доли, нельзя, поэтому, не признать правильнымъ. Нельзя, однако, въ полной мѣрѣ то же самое сказать о послѣдней сенатской практикѣ. Правда, въ интересахъ гражданского оборота, она правильно ставитъ препятствія выкупу родовыхъ имуществъ, но при этомъ она пренебрегаетъ интересами кровныхъ родственниковъ, чего не дѣлаетъ Проектъ. Въ толкованіи ст. 1350 т. X ч. 1: „Ненаселенныя земли *), проданныя отъ лицъ одного состоянія лицамъ другого, выкупу не подлежатъ“, сенатъ, оставаясь вѣрнымъ буквальному смыслу данной статьи, не признаетъ выкупа родовой ненаселенной земли, проданной дворяниномъ или купцу (00/11), или лицу духовнаго званія (03/62). Но сенатъ идетъ еще дальше и отказываетъ въ выкупѣ ненаселеннаго имѣнія, если оно продано и мѣщаниномъ потомственному почетному гражданину (03/75). Такое толкованіе противорѣчитъ цѣли созданія ст. 1350, посредствомъ которой имѣлось въ виду лишь сохранить владѣніе крестьянами въ рукахъ потомственныхъ дворянъ. Вслѣдствіе широкаго истолкованія ст. 1350, подрывающаго выкупъ, сенатъ ослабляетъ защиту интересовъ семьи и этимъ становится самъ въ противорѣчіе съ

*) Т. е. такія земли, на которыхъ не были поселены временно-обязанные крестьяне.

институтомъ родовымъ, признаннымъ въ т. X ч. 1 институтомъ семейственнымъ.

Отъ родовыхъ имуществъ слѣдуетъ отличать, какъ особый ихъ видъ, недвижимыя имущества: заповѣдныя, временно-заповѣдныя и майоратныя. Цѣль заповѣдныхъ имѣній—сохранить крупное дворянское землевладѣніе. Отсюда только потомственные дворяне (ст. 478) могутъ испросить Высочайшее дозволеніе (ст. 467) о заповѣдности имѣній: въ размѣрѣ отъ 5—100 т. десятинъ земли или приносящихъ ежегодный доходъ отъ 6—200 т. рублей (ст. 470). Поэтому долги владѣльца заповѣднаго имѣнія уплачиваются пожизненно лишь съ доходовъ заповѣднаго имѣнія, а со смертію владѣльца всякія взысканія съ этихъ доходовъ прекращаются, и наслѣдникъ его не обязанъ за нихъ отвѣчать (ст. 492). Поэтому же, наконецъ, всякіе юридическіе акты, направленные на „обремененіе заповѣднаго имѣнія или доходовъ онаго долгами, вопреки установленныхъ для сего правилъ, признаются ничтожными“ (ст. 493). Въ отличіе отъ заповѣдныхъ имѣній временно-заповѣдныя имѣютъ своею цѣлью охрану средняго дворянскаго землевладѣнія. Такъ, во временно-заповѣдное можетъ быть обращено имѣніе, заключающее въ себѣ пространство земли не менѣе того, которое даетъ право непосредственнаго участія въ дворянскихъ выборахъ, если при этомъ цѣнность такого земельного пространства составляетъ не менѣе пятнадцати тысячъ рублей. Во всякомъ случаѣ высшій размѣръ временно-заповѣдныхъ имѣній не долженъ превышать десяти тысячъ десятинъ земли (ст. 493²). Сохранность этихъ имѣній обеспечивается запрещеніями: 1) отчуждать и дѣлить ихъ (ст. 493²¹), 2) закладывать и вообще обременять долгами, кромѣ случаевъ чрезвычайныхъ (стт. 493²⁴⁻²⁶), 3) сдавать въ аренду свыше шести лѣтъ, причемъ наемная плата не можетъ быть получаемая владѣльцемъ болѣе, чѣмъ за одинъ годъ впередъ (ст. 493²⁸). Кромѣ того, 4) наслѣдникъ освобождается отъ уплаты долговъ владѣльца временно-заповѣднаго имѣнія (ст. 493³³) и 5) самъ владѣлецъ уплачиваетъ долги съ доходовъ имѣнія (ст. 493³⁴, ср. 493³⁰). Хотя законодатель и облегчаетъ учрежденіе временно-заповѣдныхъ имѣній тѣмъ, что не требуетъ Высочайшаго дозволенія, а лишь духовнаго нотаріальнаго завѣщанія (ст. 493¹⁴) или даже просто крѣпостного

акта (ст. 493¹⁶), однако, на дѣлѣ возникновеніе временно-заповѣдныхъ имѣній встрѣчаетъ большія затрудненія. Такъ, законодатель требуетъ, чтобы имѣніе, обращаемое во временно-заповѣдное, было свободно отъ всякихъ запрещеній, кромѣ ссуды, выданной изъ государственнаго дворянскаго земельного банка (ст. 493⁵), и чтобы были обеспечены ближайшіе наслѣдники въ размѣрѣ причитающейся имъ по закону доли, если имѣется въ виду учредить временно-заповѣдное имѣніе въ пользу одного изъ потомковъ (ст. 493¹⁰, ср. 493¹¹). Гораздо важнѣе, однако, то, что временная заповѣдность имѣнія можетъ быть легко уничтожена. „Лицо, унаслѣдовавшее временно-заповѣдное имѣніе отъ перваго за учредителемъ владѣльца онаго, равно какъ послѣдующіе за означеннымъ лицомъ владѣльцы сего имѣнія, имѣютъ право въ нотаріальномъ духовномъ своемъ завѣщаніи отмѣнить временную заповѣдность“ (ст. 493⁴¹ ср. 493⁴²). Наконецъ, маіоратныя имѣнія (стт. 494, 512, 1214 и 1215), въ отличіе отъ заповѣдныхъ, характеризуются тѣмъ, что 1) имѣніе поступаетъ всегда къ одному наслѣднику (старшему сыну, ст. 1214), въ цѣломъ составѣ, безъ раздробленія, и притомъ прочіе наслѣдники не имѣютъ права требовать какого-либо вознагражденія (ст. 1215), и что 2) маіоратное имѣніе есть имѣніе казенное, Всемилоствѣйше пожалованное въ Западныхъ губерніяхъ. Въ связи съ охраной дворянскаго землевладѣнія слѣдуетъ замѣтить, что русское законодательство не знаетъ нераздробляемости крестьянскаго двора. Если охрана не требовалась раньше, при господствѣ общиннаго землевладѣнія, то въ настоящее время, съ переходомъ къ индивидуальному крестьянскому землевладѣнію, потребность въ ней легко можетъ возникнуть. Примѣромъ охраны крестьянскаго землевладѣнія служить германское законодательство *).

в. Дѣлимыя и недѣлимыя вещи. Дѣлимость вещей съ естественной и правовой точекъ зрѣнія не совпадаетъ между собою. *Дѣлимыми вещами право признаетъ только тѣ вещи, которыя могутъ быть раздѣлены на части безъ поврежденія ихъ существа или пониженія цѣнности.* Это значитъ, что если вещь перестаетъ быть тѣмъ, чѣмъ она была прежде, или ея цѣнность уменьшилась вслѣдствіе дѣленія ея на части, то

*) Anerbenrecht.

такая вещь будетъ въ правѣ недѣлимой. Примѣромъ можетъ служить недѣлимость алмаза. Разбитый на части, онъ не перестаетъ быть алмазомъ, т. е. сохраняетъ свое существо, но цѣнность всѣхъ его частей въ гражданскомъ оборотѣ будетъ меньше цѣнности его, какъ цѣлаго алмаза. Дѣлимость вещей имѣетъ значеніе при раздѣлѣ наслѣдства.

г. Потребляемые и непотребляемые вещи. *Потребляемыми называются тѣ вещи, пользованіе которыми влечетъ сразу ихъ уничтоженіе, наприм., вино, дрова. Тѣ же вещи, которыя при пользованіи уничтожаются медленно, постепенно, называются въ правѣ непотребляемыми.* Слѣдовательно, и въ этомъ случаѣ дѣленіе вещей на потребляемые и непотребляемые не будетъ вполне отвѣчать физическому порядку. Вещи, непотребляемые по терминологіи права, на самомъ дѣлѣ физически потребляемы. Право придерживается, однако, своего дѣленія въ виду юридической важности различія немедленно и постепенно потребляемыхъ вещей. Именно, опекуны обязаны вещи потребляемыя продавать, не требуя особаго разрѣшенія (п. 1 ст. 277 т. X ч. 10).

д. Тлѣнныя и нетлѣнныя вещи. *Тлѣнныя вещи это тѣ, которыя подвержены скорой порчѣ.* Наше законодательство не различаетъ, однако, тлѣнныхъ вещей отъ потребляемыхъ: „Къ тлѣннымъ имуществамъ принадлежатъ: жемчугъ, мѣховыя и другія платья, съѣстные и всякіе припасы, подверженные скорой порчѣ“ (ст. 405 т. X ч. 1). Очевидно, что понятія о потребляемыхъ и тлѣнныхъ вещахъ не совпадаютъ между собою. Такъ, жемчугъ, мѣховыя и другія платья хотя и подвержены скорой порчѣ и будутъ вещами тлѣнными, но не потребляются немедленно отъ пользованія, т. е. будутъ вещами непотребляемыми. Поэтому тлѣнныя вещи, поскольку онѣ непотребляемыя вещи, могутъ быть объектомъ такихъ юридическихъ актовъ, которые даютъ возможность лицу пользоваться тлѣнными вещами, наприм., при ссудѣ мѣхового платья.

е. Замѣнимыя и незамѣнимыя вещи. *Замѣнимыя это тѣ вещи, которыя обладаютъ свойствами и качествами принадлежащими цѣлому ряду такихъ же вещей. Обыкновенно эти вещи опредѣляются родовымъ названіемъ и*

затѣмъ мѣрою, числомъ и вѣсомъ. Поэтому замѣнимыя вещи называются также генерическими (т. е. опредѣляемыя родомъ), на примѣръ, хлѣбъ, вино, бутылки. Напротивъ, незамѣнимыми вещами будутъ тѣ, которыя опредѣляются присущими именно этимъ предметамъ свойствами и качествами. Незамѣнимыя вещи называются также индивидуальными. Различіе между замѣнимыми и незамѣнимыми вещами нельзя проводить слишкомъ строго. Стороны могутъ придать замѣнимымъ вещамъ значеніе незамѣнимыхъ вещей; на примѣръ, деньги—вещи замѣнимыя, но если стороны почему либо придаютъ значеніе опредѣленнымъ, даннымъ денежнымъ знакамъ, то эти денежные знаки получаютъ характеръ вещей незамѣнимыхъ, индивидуальныхъ. Какъ дѣленіе вещей на тлѣнныя и нетлѣнныя не совпадаетъ съ дѣленіемъ на потребляемыя и непотребляемыя, такъ точно замѣнимыя и незамѣнимыя вещи не совпадутъ съ дѣленіемъ на потребляемыя и непотребляемыя вещи. Бутылка—замѣнимая вещь, но не потребляемая. Юридическое значеніе дѣленія вещей на замѣнимыя и незамѣнимыя весьма важно при куплѣ—продажѣ. Напр., гибель извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей не освобождаетъ продавца отъ лежащей на немъ обязанности выполнить ее, передавъ другія вещи того же рода и качества. Равнымъ образомъ, предметомъ займа могутъ быть только замѣнимыя вещи.

ж. Главныя и побочныя вещи (принадлежности и плоды). Въ природѣ нѣтъ главныхъ и побочныхъ вещей. Лишь право устанавливаетъ это дѣленіе въ томъ смыслѣ, что всякій юридическій актъ на главную вещь простираетъ свою силу и на побочныя вещи, хотя бы объ этихъ послѣднихъ вещахъ и не было упомянуто въ юридическомъ актѣ. *Такія побочныя вещи, которыя въ правѣ какъ бы принадлежатъ главной, называются принадлежностями.* Поэтому же говорятъ, что *принадлежности раздѣляютъ судьбу главной вещи.* Наприм., футляръ при инструментѣ, арматура при лампѣ. Принадлежность, какъ побочную вещь, слѣдуетъ отличать отъ составной части вещи. Наприм., ножки разборнаго стола будутъ составными частями стола, а не побочными. Обыкновенно видятъ различіе между составною частью вещи и побочной вещью въ отдѣльномъ существованіи послѣдней, на прим., машина на фабрикѣ, подушка на диванѣ, стулъ при кафедрѣ. Наше законодательство въ стт. 387—392 т. X ч. 1

перечисляетъ принадлежности. При этомъ оно не проводитъ различія между принадлежностью и составною частью. Такъ, въ ст. 389 сказано: „Принадлежности домовъ суть: части оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія, какъ-то: мраморные, краснаго дерева и другого рода полы, мраморные, мѣдные или чугунные каминны, дорогіе обои, зеркала въ стѣнахъ и т. п.“. Казуистическое перечисленіе статьи 389 не рѣшаетъ, однако, вопроса о томъ, какую вещь можно разсматривать въ качествѣ побочной вещи. Въ этомъ случаѣ правильнѣе обращаться каждый разъ къ гражданскому обороту и искать тамъ разрѣшенія, принадлежитъ ли данная вещь къ главной или нѣтъ. Къ тому же казуистическія перечисленія не достигаютъ своей цѣли. Такъ, ст. 386 т. X ч. 1, перечисляя какъ принадлежности земель „церковныя и другія строенія, дворы, мельницы, мосты, перевозки, плотины и гати“, ничего не говоритъ о сельско-хозяйственномъ инвентарѣ. Возникаетъ поэтому вопросъ, слѣдуетъ ли считать вышеупомянутый инвентаръ принадлежностью имѣнія или нѣтъ. Наши процессуальные законы, равно какъ банки государственный и дворянскій, относятъ инвентаръ къ принадлежностямъ. Иная практика въ акціонерныхъ банкахъ. Впрочемъ, въ ст. 613 т. X ч. 1 находится косвенное указаніе на „земледѣльческія орудія и другіе, принадлежащія къ имѣнію предметы, машины, хозяйственную утварь и т. п.“, а равно рабочій и всякій иной скотъ,—какъ указаніе на принадлежность сельско-хозяйственнаго инвентаря къ имѣнію. Въ виду, однако, отсутствія опредѣленно выраженнаго постановленія о сельско-хозяйственномъ инвентарѣ, какъ принадлежности, будетъ осторожнѣе, напр., при куплѣ-продажѣ включать инвентаръ въ купчую крѣпость. Къ побочнымъ вещамъ относятся также и плоды. *Плодами въ гражданскомъ правѣ называется все то, что вещь даетъ, какъ экономическій доходъ, безъ существеннаго уменьшенія стоимости самой вещи.* Такимъ доходомъ будетъ: 1) органическій приростъ вещи, даваемый ею самою въ силу естественныхъ свойствъ (наприм., приплодъ животныхъ), 2) доходы и выгоды, извлекаемые изъ вещи искусственнымъ путемъ черезъ совершеніе различныхъ юридическихъ актовъ (наприм., арендная плата, проценты и пр. и 3) продукты, извлекаемые изъ вещи

съ такимъ ничтожнымъ ея уменьшеніемъ, что вещь остается какъ бы безъ измѣненія (наприм., выемка изъ земли камней, руды (сомнительно), дичь на охотничьихъ участкахъ). Перваго рода плоды, именно, органическій приростъ вещи, противопологаются, какъ естественные плоды, двумъ остальнымъ видамъ плодовъ, какъ плодамъ юридическимъ. Пока плоды соединены съ главной вещью, они раздѣляютъ ея юридическую судьбу. О плодахъ, какъ органическомъ приростѣ вещи, говоритъ нашъ т. X ч. 1, отличая ихъ отъ юридическихъ плодовъ (ст. 425, ср. ст. 465). На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатъ. Къ плодамъ онъ относитъ урожай (80/301). Напротивъ, планомѣрную рубку лѣса онъ называетъ доходомъ (80/151, 92/39). Точно такъ же нашъ законъ признаетъ, что плоды и доходы раздѣляютъ судьбу главной вещи: „По праву полной собственности на имущество, владѣльцу принадлежатъ всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія, выгоды и все то, что трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ“ (ст. 425 т. X ч. 1)*).

з. Сложныя и простыя вещи. Различаютъ два вида сложныхъ вещей: 1) *механическое соединеніе нѣсколькихъ вещей въ одно неразрывное цѣлое (наприм., пароходъ)*, 2) *соединеніе для удобства въ одно понятіе самостоятельныхъ предметовъ, однородныхъ по своимъ физическимъ свойствамъ или по назначенію (наприм., библіотека, стадо)*. Соединеніе вещей въ сложныя вещи противопологаютъ соединенію имущественныхъ правъ какого-либо лица (наприм., наследство, приданое). Юридическое значеніе сложныхъ вещей сказывается въ томъ, что переходъ такихъ вещей отъ однихъ лицъ къ другимъ возможенъ путемъ одного юридическаго акта. Что касается простой вещи, то въ ней различаютъ лишь части ея. Если вещь на части дѣлима, то эти части приобрѣтутъ значеніе самостоятельныхъ вещей. Напротивъ, если вещь не дѣлима, то ея мыслимыя части не могутъ быть предметомъ дѣйствительнаго обладанія. Поэтому нѣкоторые склонны видѣть въ частяхъ недѣлимой вещи не мыслимыя ея части, а права на вещь, точнѣе, на часть дохода, получаемого отъ недѣлимой вещи. Нашъ законъ понимаетъ подъ

*) Напротивъ, въ другихъ законахъ подъ понятіе дохода подводятся плоды (ст. 626 т. X ч. 1).

частью недѣлимой вещи не мыслимую часть ея, а право на часть— „свой жеребій“ (ст. 555 т. X ч. 1).

и. Вещи вѣоборотныя и оборотныя. *Вѣоборотными вещами называются тѣ, на которыя частныя лица не могутъ имѣть вещныхъ правъ и которыя не могутъ быть предметомъ юридическихъ актовъ по соображеніямъ: 1) государственнымъ, 2) религіознымъ и 3) естественнымъ.* 1) Такъ, по соображеніямъ государственнымъ изъяты изъ оборота вещи, которыя хотя и находятся въ собственности государства или общественныхъ учрежденій, но предназначены для общаго пользованія. Наприм., большія дороги, площади, озера, судоходныя рѣки (ср. ст. 406 и сл. т. X ч. 1). 2) По соображеніямъ религіознымъ: освященные предметы благоговѣнія православной церкви (наприм., иконы, кладбища*), жалованные духовнымъ лицамъ панагіи и кресты). 3) По естественной причинѣ: воздухъ, вода проточная и морская, солнечный и лунный свѣтъ и т. д. Нельзя, однако, относить къ вещамъ вѣоборотнымъ яды, т. е., съ разрѣшенія врача, они могутъ быть продаваемы изъ аптекъ. Напротивъ, фальшивыя монеты, запрещенныя цензурою книги, рисунки, ноты, иностранныя игральныя карты должны быть отнесены къ вещамъ, изъятымъ изъ оборота по государственнымъ соображеніямъ.

§ 15. Виды вещныхъ правъ.

1. Въ зависимости отъ того, простирается ли вещная власть того или другого лица на принадлежащую ему вещь или на вещь чужую, различаютъ два главные вида вещныхъ правъ: 1. право собственности и 2. права на чужую вещь.

2. Права на чужую вещь, въ свою очередь, можно подраздѣлить на два вида: 1) право на употребленіе чужой вещи (залоговое право) и 2) права на самую чужую вещь въ какомъ-либо определенномъ отношеніи.

*) Впрочемъ, сенатъ разрѣшаетъ сдавать мѣста на кладбищахъ подъ сѣнокосъ (96/99).

Къ этимъ послѣднимъ правамъ относятся: сервитуты, суперфицій (у насъ право застройки), эмфитевзисъ (у насъ чиншевое право), вещныя повинности, право выкупа и преимущественной покупки недвижимости. Такимъ образомъ, въ гражданскомъ оборотѣ существуютъ опредѣленные, типичные виды вещныхъ правъ. Усвоивъ эти виды, гражданское право не разрѣшаетъ людямъ ни созданія новыхъ видовъ, ни измѣненія содержанія видовъ старыхъ. Въ этомъ отношеніи вещное право представляетъ собою полную противоположность обязательственному праву. Въ обязательственномъ правѣ воля человѣка творитъ все новыя и новыя отношенія, разъ только они не противорѣчатъ нравственности и правопорядку. Замкнутость и опредѣленность содержанія типичныхъ видовъ вещныхъ правъ сообщаетъ, напротивъ, всему вещному праву характеръ неподвижности, косности. Это явленіе объясняется скорѣе всего неподвижностью земельной собственности, лежащей въ основѣ вещнаго права. Такимъ образомъ, въ вещномъ правѣ лицо можетъ осуществлять свои права въ формахъ, заранѣе опредѣленныхъ закономъ.

3. *Наконецъ, различаютъ еще вещныя права особаго рода (права на нематеріальныя вещи), напр., авторское право.*

4. *Вещнымъ правамъ, какъ различнымъ видамъ проявленія непосредственной и исключительной власти лица надъ вещами, признанной закономъ, противопоставляется обыкновенно власть лица надъ вещами, не основанная на какомъ-либо вещномъ правѣ,—простое, фактическое обладаніе вещью.*

Было объяснено выше, что бытовое отношеніе становится юридическимъ, если оно основывается на правѣ (§ 2. 2.). Поэтому простое, фактическое обладаніе вещью, какъ не основанное на правѣ, будетъ только бытовымъ, или экономическимъ отношеніемъ. Отсюда и простое обладаніе вещью нельзя относить не только къ вещнымъ правамъ, но и вообще къ какимъ-либо правамъ. Тѣмъ не менѣе, уже римское право давало защиту такому фактическому обладанію вещью, въ которомъ обладатель вещи господствовалъ надъ нею такъ, какъ бы онъ былъ дѣйствительно собственникомъ, хозяиномъ

данной вещи. Такой обладатель вещи назывался въ Римѣ владѣльцемъ (поссессоромъ). Онъ противопологался обладателю вещи, который господствовалъ надъ нею, признавая ея хозяина. Этотъ послѣдній обладатель назывался въ Римѣ держателемъ вещи (детенторомъ). Если, такимъ образомъ, владѣлецъ, будучи фактическимъ обладателемъ вещи, въ противоположность держателю, имѣлъ самъ право на защиту своего владѣнія вещью, то отсюда ясно, что римляне, защищая съ помощью права фактъ, тѣмъ самымъ и факту (владѣнію) придавали какъ бы характеръ права. Подобно тому, какъ луна, будучи темнымъ тѣломъ, даетъ свѣтъ, освѣщаемая солнцемъ, и пріобрѣтаетъ значеніе свѣтила, точно также владѣніе, оставаясь фактомъ, отражаетъ право, будучи защищаемо правомъ, и пріобрѣтаетъ значеніе права. Неудивительно, поэтому, что до сихъ поръ спорно, есть ли владѣніе фактъ или право. Кромѣ того, уже по римскому праву владѣніе съ теченіемъ времени превращалось въ право собственности (пріобрѣтательная давность). Въ современномъ гражданскомъ правѣ владѣніе все болѣе и болѣе пріобрѣтаетъ характеръ права. Такъ, владѣніе переходитъ къ наслѣднику (общегерман. ул. ст. 857), м. б. перенесено на другое лицо (общегерман. ул. ст. 870), владѣлецъ движимой вещи можетъ установить право собственности въ лицѣ добросовѣстнаго пріобрѣтателя вещи, хотя онъ самъ этого права собственности и не имѣетъ (§ 17. III. 1). Однако, несмотря на то, что нынѣ владѣніе не только защищается правомъ, но условія его дѣйствительности опредѣляются также правомъ, и оно даже способно создать право собственности,—тѣмъ не менѣе все же нельзя владѣніе, какъ регулируемый правомъ фактъ, относить къ вещнымъ правамъ. Самое большее, что можно сдѣлать, это разсматривать владѣніе, въ виду его непосредственной близости къ праву собственности, рядомъ съ нимъ. Соотвѣтственно сказанному, владѣніе будетъ изложено непосредственно за правомъ собственности. За владѣніемъ послѣдуетъ изложеніе залога и другихъ видовъ вещныхъ правъ.

Глава II. Право собственности и владѣніе.

§ 16. Понятія о правѣ собственности и объ ограниченіяхъ права собственности.

I. Понятіе о правѣ собственности.

1. Право собственности, по сравненію съ другими вещными правами, есть наименѣе ограниченная вещная власть лица надъ вещами.

Это опредѣленіе права собственности не согласуется съ прежнимъ его опредѣленіемъ, какъ неограниченной власти. Дѣло въ томъ, что и въ римскомъ правѣ собственникъ былъ до извѣстной степени ограниченъ. Тѣмъ болѣе въ настоящее время нельзя признать власть собственника неограниченной. Нынѣ гражданское право все сильнѣе проникается социальными началами, въ противоположность римскимъ, индивидуальнымъ, и все болѣе и болѣе ограничиваетъ право собственности. Поэтому новѣйшія законодательства, общегерманское и швейцарское, а также и нашъ проектъ гражданского уложенія, признаютъ вещную власть собственника ограниченной, хотя и наиболѣе полной по сравненію съ другими вещными правами. Въ этомъ отношеніи и нашъ томъ X часть 1, пожалуй, ближе стоитъ къ современному пониманію права собственности, чѣмъ, напримѣръ, французскій кодексъ. Французскій кодексъ опредѣляетъ право собственности, какъ право пользоваться и распоряжаться вещами самымъ неограниченнымъ образомъ (§ 544), нашъ же т. X ч. 1 въ ст. 420 не содержитъ этихъ словъ. Такова первая особенность права собственности въ современномъ его пониманіи. Другая особенность—это возможность передачи права собственности (недвижимости и движимости) независимо отъ того или другого юридическаго основанія (титула). Такая передача, отдѣленная отъ юридическаго основанія (абстрактное пріобрѣтеніе вещныхъ правъ), вводится нынѣ въ области пріобрѣтенія права собственности на недвижимыя вещи. Такъ, по общегерманскому уложенію (§ 925) простого соглашенія о недвижимости, заявленнаго вотчинному

установленію, достаточно для пріобрѣтенія права собственности. Подъ простымъ соглашеніемъ разумѣется здѣсь неуказаніе юридическаго основанія, наприм., даренія, купли-продажи и т. д. Такимъ образомъ, при абстрактномъ пріобрѣтеніи права собственности все сводится къ волѣ лица, къ формулѣ, или формальному обоснованію вещнаго строя, чѣмъ нарушается связь между строемъ юридическимъ и экономическою жизнью. Наше право не знаетъ абстрактнаго пріобрѣтенія собственности. Нотаріусъ дѣлаетъ отмѣтку въ крѣпостномъ реестрѣ въ томъ лишь случаѣ, если имѣется юридическое основаніе пріобрѣтенія недвижимости, напр., дареніе, мѣна, купля-продажа, наслѣдованіе, пріобрѣтеніе по давности и т. д. Относительно движимости ср. § 17. III. 1.

II. Понятіе объ ограниченіяхъ права собственности.

1. Ограниченія права собственности суть а) тѣ границы (стѣсненія) вещной власти лица, въ предѣлахъ которыхъ б) гражданскій правопорядокъ признаетъ за собственникомъ возможность осуществлять свою власть.

а. Такъ, каждый собственникъ стѣсненъ въ правѣ пользоваться своею вещью исключительно во вредъ другому собственнику (шикана). Поэтому, если бы лицо А вырыло у себя на дворѣ колодезь съ исключительною цѣлью перехватить водяную жилу и этимъ осушить колодезь сосѣда, то такое осуществленіе лицомъ А своего права собственности на землю не дозволяется современнымъ гражданскимъ правомъ. Впрочемъ, нашъ законъ не знаетъ даннаго ограниченія права собственности. Изъ этого примѣра видно, что ограниченіе права собственности есть дѣйствительно стѣсненіе собственника, а не предоставленіе третьему лицу права на вещь собственника. Поэтому нѣтъ ограниченія права собственности, когда сосѣдъ имѣетъ право, наприм., прогонять свой скотъ на чужое озеро для водопоя (сервитутъ). Равнымъ образомъ не будетъ ограниченія права собственности, если собственникъ сдалъ свой домъ въ наемъ. Наниматель имѣетъ здѣсь также право (обязательственное).

б. Границы частной власти лица (стѣсненія собственника) устанавливаетъ самъ гражданскій правопорядокъ (а не воля собственника) именно, законъ и обычай. Поэтому установленіе

границъ вещной власти лица входитъ въ самое понятіе права собственности. А такъ какъ право собственности опредѣляется закономъ и обычаемъ, то они же и устанавливають границы собственности. Отсюда т. н. законныя запрещенія подойдутъ также подъ ограниченія права собственности, наприм., запрещеніе дарить родовыя имущества или отчуждать имѣнія, на которыя наложено запрещеніе, и т. д. Цѣль вообще всѣхъ ограниченій права собственности есть стѣсненіе собственниковъ въ интересахъ общегітїа, сосѣдства и даже государства. Поэтому въ наше время, когда соціальныя начала все болѣе и болѣе проникають въ гражданское право, ограниченія права собственности замѣтно все болѣе и болѣе увеличиваются. Такъ, ограниченія касаются нынѣ: 1) устройства и содержанія домовъ, фабрикъ и заводовъ и иныхъ сооруженій (Уст. стр. въ т. XII ч. 1), 2) разработки нѣдръ земли (Уст. горн. въ т. VII), 3) охоты, рыбной и жемчужной ловли (Уст. сел. хоз. въ т. XII ч. 2), 4) пользованія лѣсами (Уст. лѣсн. въ т. VIII ч. 1), 5) пользованія землею, расположенной вдоль линіи желѣзныхъ дорогъ (Общ. уст. Росс. жел. дор. въ т. XII ч. 1) и 6) ограниченій собственниковъ въ интересахъ народнаго здравія и личной безопасности (Уст. врач. въ т. XIII и Уст. пред. и пресѣч. въ т. XIV; ср. Проектъ, ст. 786). Кромѣ того, какъ на наиболѣе существенное ограниченіе права собственности должно указать 7) на принудительное отчужденіе (экспропріація; см. § 18 III: прекращеніе права собственности). Къ сожалѣнію, въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ достаточныхъ ограниченій права собственности въ интересахъ культуры: сохраненія памятниковъ древности, охраны ландшафтовъ и т. п. (ср., наприм., Гессенскій законъ 1902 г. и Любекскій строительный уставъ 1903 г.).

2. Что касается т. X. ч. 1, то онъ а) смѣшиваетъ ограниченія (стѣсненія) права собственности съ правами на чужую вещь (сервитутами). Ограниченія права собственности онъ прямо называетъ правами, именно: правами участія б) общаго и в) частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества.

а. Смѣшеніе это объясняется, б. м., вліяніемъ на т. X ч. 1 французскаго кодекса, который также знаетъ сервитуты

(права на чужую вещь), имѣющіе цѣлью: или пользу общественную, или же пользу частныхъ лицъ (ст. 649). Смѣшеніе это имѣетъ и практическое значеніе. Если собственникъ, напр., уничтожить свою вещь, то онъ не отвѣчаетъ за то, что вмѣстѣ съ тѣмъ уничтожились и ограниченія права собственности на эту вещь. Напротивъ, эта отвѣтственность должна имѣть мѣсто, когда, съ уничтоженіемъ вещи собственникомъ, дѣлается невозможнымъ осуществленіе чужого права на уничтоженную вещь. Впрочемъ, т. X. ч. 1 говоритъ отдѣльно и о сервитутахъ, какъ правахъ на чужую собственность, называя ихъ правами угодій въ чужихъ имуществѣхъ (ст. 452). Такимъ образомъ, смѣшеніе ограниченій права собственности и сервитутовъ въ т. X ч. 1 не совсѣмъ полное.

б. Право участія общаго есть такое участіе въ выгодахъ чужого имущества, которое устанавливается „въ пользу всѣхъ безъ изъятія“ (ст. 433 т. X ч. 1). См. III.

в. Напротивъ, право участія частнаго есть такое участіе въ выгодахъ чужого имущества, которое устанавливается „единственно и исключительно въ пользу кого-либо изъ частныхъ владѣльцевъ“ (ст. 433 т. X ч. 1). См. IV.

3. Юридическое различіе между ограниченіями права собственности, какъ права участія общаго и частнаго, сказывается въ томъ, что первое есть ограниченіе, устанавливаемое въ публичныхъ интересахъ, второе—въ интересахъ частныхъ, или сосѣдства.

Поэтому право участія общаго, въ противоположность праву участія частнаго, не можетъ быть прекращаемо или измѣняемо по соглашенію частныхъ лицъ.

4. Ограниченія права собственности не подлежатъ распространительному толкованію.

Поэтому, наприм., ст. 442 не предоставляетъ права верхнему владѣльцу препятствовать нижнему пользоваться рѣкою и заставлять его понижать уровень воды, вслѣдствіе того, что верхній владѣлецъ, по причинѣ перестройки своей мельницы, встрѣчаетъ при новомъ ея положеніи препятствіе отъ дѣйствія ниже лежащей мельницы, если владѣлецъ этой послѣдней мельницы не поднятъ уровня выше того, который существовалъ раньше и

не вредилъ мельницѣ верхняго владѣльца при прежнемъ ея положеніи (96/17). Равнымъ образомъ, верхній владѣлецъ не въ правѣ требовать пониженія воды потому лишь, что высота ея препятствуетъ ему построить новую мельницу, перестроить старую и т. д. (71/210, 74/94). Выставленное выше положеніе (4.) имѣетъ тѣмъ большее значеніе, что въ нашихъ законахъ нѣтъ особыхъ постановленій, опредѣляющихъ взаимныя отношенія собственника къ лицу, пользующемуся правомъ участія частнаго. Сенатъ, исходя изъ существа этихъ отношеній, постановляетъ, что пользующійся такимъ правомъ уполномоченъ къ совершенію всего того, что необходимо для его осуществленія. Но этимъ не дается, наприм., собственнику мельницы право, для поддержанія воды на опредѣленномъ уровнѣ, распоряжаться вообще на землѣ берегового владѣльца и производить сооруженія, стоящія въ непосредственной связи съ плотиною (03/27).

III. Права участія общаго.

1. Право всякаго лица на проходъ и проѣздъ по большимъ дорогамъ и водянымъ путямъ (ст. 434 т. X ч. 1).

Хотя ст. 434 говоритъ о большихъ дорогахъ, однако и просѣчныя дороги, показанныя на планѣ спеціальнаго межеванія и лужащія для сообщенія между селами и деревнями, подходятъ подъ дѣйствіе этой статьи (84/76). При этомъ, въ частности, псберегамъ рѣкъ и другихъ водяныхъ сообщеній опредѣляется извѣстное пространство земли для бечевой тяги судовъ и плотъ и для прочихъ надобностей судоходства (ст. 437 т. X ч. 1). Пространство земли для бечевой тяги, называемое бечевникомъ, существуетъ по всѣмъ судоходнымъ и сплавнымъ рѣкамъ (6/341, 84/3). Какія же рѣки открыты для судоходства или плава — это зависитъ отъ правительственной власти (80/220, 4/3). Ширина бечевника считается десять сажень отъ гребня берега, а не отъ урѣза воды. До изданія закона 1889 г. было спорно, можно ли назвать право прохода, проѣзда и право на бечевникъ ограниченіями права собственности, т. е., согласно ст. 406 т. X ч. 1, „судоходныя рѣки и ихъ берега и большія дороги“ отнесены къ государственнымъ имуществамъ. Съ изданіемъ закона 1889 г. (см. ст. 435¹ т. X ч. 1), споръ этотъ разрѣшенъ въ

пользу частных собственников. Именно, въ случаѣ упраздненія большихъ дорогъ, земли, находящіяся подъ ними, поступаютъ „безвозмездно въ распоряженіе владѣльцевъ земель, черезъ которыя дорога пролегла во время ея упраздненія или суженія, если учрежденіе, въ вѣдѣніи коего она находилась, не имѣетъ доказательствъ, что та земля была приобрѣтена подъ дорогу установленнымъ порядкомъ изъ частной собственности“ (ст. 435¹ т. X ч. 1). Поэтому надо признать согласными съ закономъ права прибрежнаго собственника: 1) устранять всякое неправильное пользованіе бечевникомъ, не допуская этого пользованія далѣе предѣловъ, указанныхъ закономъ (85/101, 91/48), 2) препятствовать возведенію на бечевникѣ постоянныхъ построекъ (91/48 и 114), 3) отчуждать бечевникъ въ томъ объемѣ правъ, какой самъ имѣетъ (00/14). Поэтому же право собственности на землю подъ бечевникомъ можетъ быть утрачиваемо и приобрѣтаемо въ давностный срокъ (88/43). См. также ст. 426 и 428 т. X ч. 1. Впрочемъ, бечевники и набережныя въ городахъ не могутъ быть предметомъ частной собственности (88/43), почему въ этихъ случаяхъ и нельзя говорить объ ограниченіяхъ права собственности.

2. Законъ ограничиваетъ право собственности не только тѣмъ, что онъ предоставляетъ право прохода и провѣда по большимъ дорогамъ и по водянымъ сообщеніямъ всемъ безъ изъятія, но и устанавливаетъ цѣлый рядъ запрещеній для собственниковъ въ цѣляхъ осуществленія свободы прохода и провѣда.

1. „Для подножнаго корма прогоняемаго скота владѣльцамъ дачъ, прилегающихъ къ большой дорогѣ, запрещается скашивать и вытравлять траву, растущую на пространствѣ мѣрной дороги: дабы прогоняемый скотъ не могъ причинить порчи полямъ и травѣ хлѣбу, то обязаны они свои дачи въ тѣхъ мѣстахъ оу дороги огородить или обрыть канавами“ (ст. 435 т. X ч. 1).
2. „Къ обязанностямъ по водянымъ сообщеніямъ прибрежныхъ владѣльцевъ относятся между прочими слѣдующія: 1) на рѣкахъ судоходныхъ не строить мельницъ, плотинъ и заколовъ или другихъ перегородокъ, отъ которыхъ рѣки засоряются и къ судовому ходу дѣлаются неудобными; 3) позволять баркамъ и другимъ судамъ останавливаться у береговъ и причаливать оныя, выгру-

жать свои товары, не выходя за черту отведенной земли подъ бечевникъ или пристань, безъ всякой за то платы“ (ст. 438).

3. „Владѣльцы мельницъ на рѣкахъ, поименованныхъ въ Уставѣ Путей Сообщенія (ст. 363, прим. 5, по прод.), обязаны по требованію мѣстнаго начальства Путей Сообщенія, спускать воду на основаніи правилъ, изложенныхъ въ томъ Уставѣ (ст. 439).

4. „Владѣльцамъ запрещается строить черезъ малыя несудоходныя рѣки мосты на козлахъ, жердяхъ и на слабыхъ сваяхъ; но дозволяется строить либо постоянные мосты, кои бы сплаву бревенъ и дровъ не препятствовали, либо содержать разводные живые мосты или перевозки“ (ст. 440).

3. Въ интересахъ судоходства и рыболовства законъ ограничиваетъ также право собственности владѣльцевъ земель, прилегающихъ къ морскимъ берегамъ и озерамъ.

1. Въ Сѣверномъ океанѣ и Бѣломъ морѣ должна быть свободною полоса берегового пространства не менѣе десяти сажень ширины для безпрепятственнаго пристанища рыбопромышленниковъ. Впрочемъ, здѣсь нѣтъ ограниченія права собственности, т. к. въ ст. 288 т. XII. ч. 2 идетъ рѣчь объ отводѣ участковъ земли для устройства заводовъ и запрещается, слѣдовательно, отводить подъ заводы морскіе берега, каковыя, согласно ст. 406 т. X. ч. 1, принадлежать государству. Напротивъ, законъ о берегахъ Каспійскаго моря, остающихся свободными „на одну версту, начиная отъ заплесковъ при самой высокой водѣ, для пристанища ловцовъ и устройства промысловыхъ заведеній“ (ст. 494 т. XII ч. 2), имѣетъ въ виду ограниченіе права собственности. Одноверстная прибрежная полоса, предназначаемая нынѣ въ общее всѣхъ плотовъ пользованіе, въ нѣкоторыхъ своихъ частяхъ находится въ собственности ихъ прежнихъ частныхъ владѣльцевъ (прим. 1 къ ст. 494 т. XII ч. 2). 2. Наконецъ, имѣется несомнѣнное ограниченіе права собственности владѣльцевъ земель, прилегающихъ къ рыболовнымъ озерамъ, въ которыхъ рыбныя ловли принадлежать другимъ лицамъ или же оставлены длявольнаго промысла. Въ этихъ случаяхъ „прибрежные владѣльцы должны оставить изъ своей земли десять сажень для пристанища ловцамъ и обсушки снастей ихъ“ (ст. 441 т. X. ч. 1).

4. Другія ограниченія права собственности въ интересахъ общезжитія и культуры см. выше II. 1. б.

Впрочемъ, эти ограниченія нашъ т. X ч. 1 не относитъ къ правамъ участія общаго (ср. также выше п. 3).

IV. Право участія частнаго.

1. Ограниченія владѣльцевъ сосѣднихъ земель:

Такъ, 1. законъ обязываетъ владѣльцевъ земель давать дороги своимъ сосѣдямъ для прогона и водопоя скота (ст. 449 и 451 т. X ч. 1) и вообще для прохода и проѣзда сосѣдей на пашни, сѣнные покосы и другія угодья (ст. 449, 450 т. X ч. 1). Сенатъ при этомъ разъяснилъ, что дорога должна быть даваема сосѣду лишь въ томъ случаѣ, если у него нѣтъ никакой дороги, хотя бы и дальней, для проѣзда и прохода черезъ чужія владѣнія (75/277 и др.). Впрочемъ, собственникъ не лишается права вмѣсто старой дороги проложить на своей землѣ новую въ недалекомъ разстояніи отъ прежней и притомъ такъ, чтобы начало и окончаніе приходилось на ту же дорогу. „Если, однако, новая дорога проложена будетъ хуже старой или съ дальнимъ противъ оной объѣздомъ, то владѣлецъ принуждается очистить прежнюю дорогу (ст. 892 и 891 Уст. пут. сообщ. въ т. XII ч. 1). 2. Владѣлецъ земель и покосовъ, лежащихъ вверху рѣки, имѣетъ право требовать, чтобы сосѣдъ запрудами не поднималъ рѣчной воды „и оною не потоплялъ его луговъ, пашней и не останавливалъ дѣйствія его мельницы“ (п. 1 ст. 442 т. X ч. 1). 3. Равнымъ образомъ хозяинъ противоположнаго берега не можетъ примыкать плотины къ чужому берегу безъ согласія его собственника (п. 2 ст. 442).

2. Ограниченія владѣльцевъ сосѣднихъ домовъ:

Такъ, 1. „строющій домъ на самой межѣ своего двора не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда безъ согласія сего послѣдняго; въ противномъ случаѣ слѣдуетъ окна заколачивать“ (ст. 446 т. X ч. 1). Впрочемъ, законъ дозволяетъ дѣлать окна на сосѣдніе дворы, если домъ построенъ не на самой межѣ, а съ нѣкоторымъ отступленіемъ отъ нея. Но, въ этомъ случаѣ, хозяева-сосѣди могутъ безпрепятственно воздвигать

на своей землѣ всякаго рода строенія, не обращая вниманія на то, что окна сосѣдняго дома, обращенныя на чужой дворъ, будутъ имѣть недостаточный свѣтъ, благодаря новой постройкѣ (ст. 447 т. X. ч. 1). 2. Хозяинъ дома не долженъ пристраивать поварни и печи къ стѣнѣ дома сосѣда, лить воду и сметать соръ на домъ или дворъ его, не дѣлать ската своей кровли на дворъ его, не дѣлать оконъ и дверей въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю сосѣднихъ зданій (ст. 445 т. X ч. 1).

Вообще, какъ видно, постановленія нашего права о сосѣдскомъ правѣ очень бѣдны. Такъ, не урегулированы: стоки воды и необходимыя для этого сооруженія (ср. Проектъ, ст. 787—798), между тѣмъ какъ для осушки мѣстностей и вообще въ цѣляхъ сельскаго хозяйства и промышленности водяныя сооруженія крайне необходимы. Далѣе, не предусмотрѣны ограниченія права собственности въ цѣляхъ разграниченія сосѣдскихъ владѣній, а равно нѣтъ правилъ о деревьяхъ и плодахъ, растущихъ на границѣ двухъ имѣній (ср. Проектъ, стт. 804—806 и 811—812). Наконецъ, не предусмотрѣны ограниченія права собственности въ цѣляхъ сохраненія зданій, нуждающихся для своей починки въ доступѣ ихъ владѣльца на сосѣдскую землю (Проектъ, ст. 799), а равно и сохраненія зданій, добросовѣстно воздвигнутыхъ на чужой землѣ (Проектъ, ст. 808).

§ 17. Приобрѣтеніе права собственности.

І. Понятіе о способахъ приобретенія права собственности.

1. Приобрѣтеніе права собственности возможно а) различными способами. Всѣ эти способы дѣлятся на б) производные и в) первоначальные.

а. Нашъ законъ прямо говоритъ, что „права на имущества приобретаются не иначе, какъ способами, въ законахъ опредѣленными“ (ст. 699 т. X ч. 1). Эти способы технически называются также **т и т у л а м и**.

б. Если право собственности на какую-либо вещь переходитъ отъ одного собственника къ другому, то это — производный способъ (титულъ) приобретенія права собственности.

в. Если же право собственности на какую-либо вещь возникает въ гражданскомъ оборотѣ впервые или такимъ образомъ, что прежнее право собственности считается уже несуществующимъ, то такое пріобрѣтеніе есть способъ (титულъ) первоначальный. Юридическое различіе между производнымъ и первоначальнымъ способомъ весьма существенно. При первомъ—право собственности несетъ съ собою новому собственнику возможные обремененія, лежація на собственности: при второмъ—право собственности совершенно свободно отъ нихъ. Поэтому первый способъ можно назвать преемствомъ въ правѣ собственности, второй будетъ какъ бы рожденіемъ новаго права собственности въ гражданскомъ оборотѣ. Нашъ т. X. ч. 1 въ ст. 420 различаетъ оба способа пріобрѣтенія права собственности: „Кто, бывъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества, по законному укрѣпленію его въ частную принадлежность, получилъ власть... или кому власть сія отъ перваго ея пріобрѣтателя дошла непосредственно или чрезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія: тотъ имѣетъ на сіе имущество право собственности“. Въ примѣчаніи къ статьѣ 699 т. X ч. 1 законъ перечисляетъ и самые способы, относя къ нимъ обязательства и договоры.

2. Обязательства ни коимъ образомъ нельзя считать способами пріобрѣтенія собственности, такъ какъ исполненіе обязательства можетъ лишь вести къ возникновенію права собственности.

Противоположный взглядъ, принятый въ нѣкоторыхъ современныхъ законодательствахъ, обязанъ своимъ происхожденіемъ римской системѣ изложенія гражданского права (институціонной). Согласно этой своеобразной системѣ, обязательства, какъ равнымъ образомъ и наслѣдованіе, разсматривались въ качествѣ способовъ пріобрѣтенія права собственности. Этотъ римскій взглядъ на обязательственное и наслѣдственное право, какъ на подчиненное, вспомогательное право, зависящее отъ вещнаго, принятый во французскій кодексъ, заимствованъ былъ оттуда составителями нашего т. X ч. 1, правда, съ большимъ отступленіемъ. Такъ, изъ всѣхъ обязательствъ по договорамъ къ способамъ пріобрѣтенія права собственности отнесены въ т. X ч. 1 всего лишь дареніе, мѣна и купля-продажа. Всѣ же остальные обязательства по дого-

ворамъ выдѣлены въ особую книгу обязательственного права. Современное гражданское право проводитъ противоположный взглядъ на обязательственное право. Съ развитіемъ капитала и все болѣе и болѣе мобилизаціей недвижимости, оно (право) выдвигаетъ на первый планъ обязательственное право, признавая за нимъ нынѣ полную самостоятельность и независимость отъ вещнаго права.

3. Что же касается договора, какъ способа приобрѣтенія права собственности, то по этому вопросу въ русской цивилистикѣ много спорятъ (см. II. 1).

II. Производные способы приобрѣтенія права собственности.

Производные способы приобрѣтенія права собственности: 1. передача, 2. отмытка въ реестръ и 3. договоръ (соглашеніе).

1. Подъ именемъ передачи, какъ производнаго способа приобрѣтенія права собственности, слѣдуетъ понимать не просто всякую передачу, а передачу а) владѣнія вещью, б) съ цѣлью перенесенія права собственности. в) Спорно, однако, извѣстна ли передача нашему законодательству.

а. Передача владѣнія можетъ выражаться или во врученіи вещи однимъ лицомъ другому, или вообще въ предоставленіи лицу возможности распоряжаться вещью по своему усмотрѣнію (стг. 993 и 1510 т. X ч. 1).

б. Необходимо намѣреніе лицъ перенести право собственности съ одного лица на другое; гдѣ нѣтъ этого намѣренія, тамъ не будетъ и приобрѣтенія, хотя бы и имѣла мѣсто передача владѣнія. Напр., если лицо А дало свой плугъ сосѣду Б, то здѣсь не будетъ приобрѣтенія права собственности, если лица А и Б (или одно изъ нихъ) не имѣли въ виду перенесенія права собственности. Поэтому же необходимо, чтобы приобрѣтатель и отчуждатель были правоспособны, а самая вещь могла быть предметомъ права собственности. Разумѣется, что перенесеніе права собственности совершается по какимъ-либо извѣстнымъ мотивамъ. Такими мотивами могутъ быть: исполненіе обязательства, заемъ, дареніе и проч. Въ связи съ этимъ возникаетъ чрезвычайно ин-

интересный вопрос о действительности передачи в зависимости от тех мотивов, ради которых совершается перенесение права собственности. Иными словами, будет ли передача действительной, если мотив ее не дозволен, ошибочен и т. д. Римское право на данный вопрос отвечало принципиально в том смысле, что мотив не имеет значения для действительности передачи (абстрактная передача). Напротив, современное право обращает внимание на мотив перенесения права собственности и, если этот мотив порочен и вообще не дозволен, то передача не действительна (каузальная традиция). Ср. § 16. I. 1.

в. Что касается наших гражданских законов, то, повидому, им неизвестна передача, как способ приобретения права собственности (иначе смотреть большинство русских ученых).

1) Стт. 707 и 1380 т. X ч. 1 имеют в виду передачу, как укрепление прав на движимое имущество. Та же статья 707 т. X ч. 1 рассматривает ввод в владение (передачу), как укрепление прав на недвижимое имущество. Укрепление же нельзя смешивать с передачей, как способом приобретения права собственности. Доказательством тому служить, напр., вышеупомянутая ст. 707, в коей на ряду с передачей имущества и вводом во владение закон перечисляет крепостные, нотариальные, явочные, или домашние акты, направленные также на укрепление имущества. Еще яснее постановляет ст. 1380 т. X ч. 1: „Мѣна движимыхъ имуществъ можетъ быть произведена и безъ письменнаго укрѣпленія одною взаимною передачею...“ Т. обр., укрепление наш т. X ч. 1 понимает в смысле удостоверения, доказательства, формы, а не способа возникновения права на имущество.

2) Ясный взгляд тома X ч. 1 на передачу, как укрепление прав на движимое и недвижимое имущество, несколько затуманивается в ст. 1432 Уст. гр. суд. В этой статье говорится, что „день ввода во владение недвижимымъ имѣніемъ считается началомъ действительной передачи и укрѣпленія правъ на имущество“. Этимъ как бы подчеркивается, что передача и укрепление не должны быть смешиваемы. Однако, в началѣ ст. 1432 рѣчь идетъ объ отмѣткѣ в крепостномъ реестрѣ дня ввода во владѣнія, и эта то отмѣтка и есть способъ приобретения

права собственности. Эту же отмѣтку имѣютъ въ виду и стт. 169, 177 и 178¹ Полож. о нот. части. Такимъ образомъ, хотя передача и ставится въ ст. 1432 рядомъ съ укрѣпленіемъ, но способомъ пріобрѣтенія права собственности здѣсь является отмѣтка, а не передача. Поэтому сенатъ правильно разъяснилъ, что право собственности возникаетъ и безъ ввода во владѣніе, въ силу законнаго переукрѣпленія имѣнія за его пріобрѣтателемъ (93/107) и что вводъ во владѣніе есть лишь оглашеніе о состоявшемся уже переходѣ права на имѣніе къ новому собственнику (О. С. 92/13 ср. О. С. 96/18). Такъ образомъ, вводъ во владѣніе, какъ передача, не есть способъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимость, а лишь особое извѣщеніе о новомъ собственникѣ.

3) Далѣе, ст. 993 и 1510 т. X ч. 1 объясняютъ лишь то, въ чемъ состоитъ передача: именно, во врученіи вещи или въ предоставленіи пріобрѣтателю возможности распоряжаться ею. Слѣдовательно, эти статьи еще менѣе говорятъ о передачѣ, какъ способѣ пріобрѣтенія права собственности.

4) Далѣе, ст. 699 т. X ч. 1, перечисляя способы пріобрѣтенія правъ на имущество и относя къ нимъ договоры и обязательства, не называетъ, однако, среди нихъ передачи. Болѣе того, дареніе, мѣна и купля-продажа, на ряду съ выдѣломъ, наслѣдованіемъ, прямо разсматриваются въ кн. третьей пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества. Поэтому, нельзя не согласиться съ сенатомъ, который признаетъ моментъ перехода права собственности при куплѣ-продажѣ (66/72, 79/283 и др.) соглашеніе, а не передачу. Лишь въ видѣ исключенія сенатъ признаетъ передачу способомъ пріобрѣтенія права собственности въ отношеніи купли-продажи вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками (80/94), а равно и при продажѣ движимыхъ вещей въ кредитъ или съ задаткомъ (75/954). Такъ обр., только въ этихъ исключительныхъ случаяхъ, представляющихъ собою нормальное явленіе въ торговомъ оборотѣ, передача есть способъ пріобрѣтенія права собственности.

5) Наконецъ, въ виду молчанія нашихъ гражданскихъ законовъ о передачѣ, какъ способѣ пріобрѣтенія права собственности, естественно, что въ нихъ не имѣется и постановленій о мотивахъ передачи. Поэтому нѣтъ у насъ абстрактной пере-

дачи; и передача, какъ укрѣпленіе договора, будетъ, конечно, не дѣйствительна, если недѣйствителенъ договоръ въ виду недозволенности его цѣли или мотива (§ 6 1. 2. г.). Ко всему изложенному слѣдуетъ прибавить, что и съ точки зрѣнія современнаго гражданскаго права передача, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности, допускаетъ столько исключеній, что, въ концѣ концовъ, получается скорѣе нѣчто противоположное (взглядъ Колера). Такъ, въ современномъ германскомъ правѣ передача замѣняется простымъ договоромъ, какъ способомъ пріобрѣтенія права собственности, въ тѣхъ случаяхъ, когда пріобрѣтатель уже владѣетъ вещью, или когда прежній собственникъ, по соглашенію съ новымъ, продолжаетъ держать вещь у себя, или когда отчуждаемая вещь находится во владѣніи третьяго лица и вообще не находится во владѣніи отчуждателя (см. общегер. улож. §§ 929—931). О передачѣ, какъ первоначальномъ способѣ пріобрѣтенія права собственности добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ отъ не-собственника, см. ниже (§ 17 III).

2. Особымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимость будетъ въ русскомъ правѣ отмѣтка въ крѣпостномъ реестрѣ.

Отмѣтка въ крѣпостномъ реестрѣ есть формальный способъ производнаго пріобрѣтенія права собственности, тѣсно связанный съ господствующей у насъ крѣпостной системой укрѣпленія вещныхъ правъ. Эта система, въ противоположность ипотечной, принятой на Западѣ, въ Польшѣ и въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, имѣетъ крупный недостатокъ. Онъ состоитъ въ томъ, что въ основу данной системы не положенъ принципъ публичности. Подъ нимъ слѣдуетъ разумѣть: а) доступность обзорѣнія ипотечныхъ книгъ и полученія изъ нихъ выписокъ заинтересованнымъ въ томъ лицамъ (гласность) и б) безповоротность, или достовѣрность вещныхъ правъ, занесенныхъ въ ипотечныя книги. Благодаря гласности и безповоротности охраняется интересъ 3-хъ лицъ—добросовѣстныхъ пріобрѣтателей вещныхъ правъ. Каждый изъ нихъ можетъ быть увѣренъ, что вещное право, пріобрѣтенное имъ, не можетъ неожиданно оказаться обремененнымъ какими-либо повинностями и требованіями и что самое право не можетъ быть у него отнято по какимъ-либо юридическимъ осно-

ваніямъ. Между тѣмъ, какъ по нашему праву безповоротность пріобрѣтенія возникаетъ, въ случаѣ спора, по истеченіи двухъ лѣтъ, со стороны продавца (ст. 1524 т. X ч. 1) и десяти лѣтъ — со стороны третьихъ лицъ (86/96 и др.). Иными словами, въ послѣднемъ случаѣ только десятилѣтняя давность ведетъ къ безповоротности пріобрѣтенія недвижимости. Въ этомъ, между прочимъ, состоитъ юридическое значеніе давности владѣнія въ нашемъ правѣ, между тѣмъ какъ тамъ, гдѣ дѣйствуетъ ипотечная система, давность на недвижимость потеряла свой прежній смыслъ. О введеніи у насъ ипотечной системы давно уже говорятъ, и имѣется нѣсколько проектовъ. Главнымъ препятствіемъ къ ея введенію считаютъ отсутствіе у насъ поземельнаго кадастра. Указываютъ на то, что если въ натурѣ владѣнія не опредѣлены, то бумажное разграниченіе владѣній, какъ могущее не соответствовать владѣніямъ въ дѣйствительности, не достигаетъ своей цѣли — безповоротности пріобрѣтенія. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что ипотечная система извѣстна тамъ, гдѣ нѣтъ кадастра (въ Польшѣ, Прибалтійскихъ губерніяхъ, въ прежнее время въ Пруссіи; допустима она и въ Швейцаріи). Кромѣ того и тамъ, гдѣ существуетъ связь между кадастромъ и ипотечной записью, эта связь не гарантируетъ границъ и пространства имѣнія въ натурѣ (мотивы къ вотчинному уставу 1897 г. въ Германіи). Такимъ образомъ, ипотечная система имѣетъ въ виду безспорность лишь юридическихъ свѣдѣній о гражданскомъ правѣ на имѣніе, а не фактическихъ *).

3. Наконецъ, производнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности на движимость, согласно вышесказанному (§ 17, II. 1), будетъ у насъ договоръ (соглашеніе).

Иначе думаетъ большинство русскихъ юристовъ. Однако, наши законы въ числѣ способовъ пріобрѣтенія права собственности излагаютъ дареніе, мѣну, куплю-продажу и пожалованіе. Сенатъ же прямо признаетъ соглашеніе способомъ пріобрѣтенія права собственности на движимость. Поэтому и передача — лишь исполненіе договора. Впрочемъ, что касается пожалованія, то, въ

*) Пергаментъ. Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы (Право, 1908 №№ 39—41).

сплу статьи 940 т. X ч. 1, его не слѣдуетъ считать способомъ возникновенія права собственности. Такимъ способомъ будетъ не пожалованіе, а сдача пожалованнаго имущества, такъ какъ до этой сдачи, „никто не можетъ вступить во владѣніе пожалованнымъ имуществомъ“ (ср. также ст. 966 т. X. ч. 1).

III. Первоначальные способы приобрѣтенія права собственности.

1. Довольно многочисленны первоначальные способы приобрѣтенія права собственности. Поэтому необходима ихъ классификація.

Основой для такой классификаціи можетъ служить—большая или меньшая трудность возникновенія вещной власти у лица, въ зависимости отъ того или другого положенія вещи въ гражданскомъ оборотѣ (см. таблицу):

Положеніе вещи въ гражданскомъ оборотѣ.	Имѣеть собственника				Имѣеть собственника неизвѣстнаго		Не имѣеть собственника		
	(2)				(3)		(4)		
Видъ вещи.	Движимая	Недвижимая	Движимая и недвижимая		Движимая		Движимая		
Способы первоначальнаго приобрѣтенія.	Передача	Отводъ госуд. земель	Давность владѣнія	Приращеніе	Находка	Кладь	Овладѣніе	Обработка	Отдѣленіе плодовъ
	1)	2)	3)	4)	5)	6)	7)	8)	9)

2. Вещь, имѣющая собственника, ведетъ къ первоначальному возникновенію на нее собственности другого лица съ большимъ трудомъ. Такъ, 1) для передачи необходимо добросовѣстное приобрѣтеніе движимой вещи отъ несовѣстнаго, 2) для отвода государственной земли Высочайшій указъ, 3) для давности десятилѣтній срокъ владѣнія движимой или недвижимой вещью и лишь 4) для приращенія достаточно простаго соединенія одной вещи съ другой; однако, требуется при этомъ неразрывность соединенія вещей.

1. Передача, какъ а) первоначальный способъ приобрѣтенія права собственности на движимую вещь добросовѣст-

нымъ пріобрѣтателемъ отъ несовѣстника, б) неизвѣстная нашимъ законамъ, допущена сенатской практикой.

а. Этотъ способъ есть первоначальный потому, что въ лицѣ добросовѣстнаго пріобрѣтателя право собственности возникаетъ совершенно самостоятельно: отчуждатель самъ не имѣетъ права собственности. Слѣдовательно, нѣтъ преемственности правъ, характеризующей производные способы. Такой способъ пріобрѣтенія права собственности передачей не былъ извѣстенъ римскому праву, ибо онъ идетъ въ разрѣзъ съ основнымъ принципомъ: никто не можетъ передать правъ больше, чѣмъ самъ имѣетъ. Въ данномъ же случаѣ несовѣстникъ передаетъ добросовѣстному владѣльцу право собственности, котораго онъ самъ не имѣетъ. Напротивъ, современное гражданское право (французское, германское, швейцарское), въ интересахъ третьихъ лицъ, нарушаетъ вышеуказанный принципъ и признаетъ пріобрѣтеніе собственности отъ несовѣстника путемъ передачи имъ движимой вещи добросовѣстному пріобрѣтателю.

б. Вопреки ст. 534 т. X ч. 1 сенатъ допускаетъ, что собственникъ не можетъ вернуть (виндицировать) движимую вещь отъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя, если только вещь не была раньше добыта путемъ преступленія (80/303, 84/6 и др.). Болѣе того, бумаги на предъявителя, денежные знаки (85/27, 86/33), процентныя бумаги безыменные (80/302, О. С. 84/42, 92/18), векселя (У. Д. 00/6) считаются, по мнѣнію сената, собственностью того, кто ими владѣетъ и могутъ быть отобраны у держателя лишь въ томъ случаѣ, когда они не только пріобрѣтены путемъ преступленія, но и держателю было извѣстно о недобросовѣстномъ ихъ пріобрѣтеніи. Такъ обр., въ этомъ толкованіи, сенатъ нарушаетъ даже ст. 1512 т. X ч. 1, согласно которой краденныя вещи возвращаются собственнику, хотя бы онѣ были и пріобрѣтены, какъ „незавѣдомо краденныя“. Оцѣнивая сенатскую практику въ толкованіи стт. 534 и 1512, необходимо отмѣтить противорѣчивость такого толкованія прямому смыслу вышеуказанныхъ статей. Въ частности, ст. 534 имѣетъ въ виду лишь опровержимую презумпцію собственности въ отношеніи владѣльца: именно, „движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано“. Поэтому, несмотря на всю желательность признанія

сенатомъ за добросовѣстнымъ владѣльцемъ права собственности, слѣдуетъ стремиться, чтобъ этотъ институтъ, въ интересахъ третьихъ лицъ, получилъ свое разрѣшеніе въ законодательномъ порядкѣ. Тѣмъ болѣе, что первый шагъ въ этомъ направленіи уже сдѣланъ нашимъ законодательствомъ. Ст. 1061 Уст. гр. суд. постановляетъ: „Проданные съ публичнаго торга предметы во всякомъ случаѣ остаются за покупщикомъ“, хотя бы даже, какъ разъясняетъ сенатъ, эти предметы оказались краденными (82/16). Такое же правило о безповоротности права на проданную вещь, приобрѣтенную покупщикомъ съ аукціона, соблюдается въ ломбардахъ, если въ ихъ уставахъ имѣется на то положительное указаніе (96/70). Проектъ гражданского уложенія признаетъ безповоротность въ видѣ общаго правила (стт. 751 и 752).

2) Пожалованіе, или, правильнѣе, отводъ земли государствомъ, а) въ чрезвычайномъ порядкѣ частному лицу, возможно считать б) первоначальнымъ способомъ приобрѣтенія права собственности.

а. Ст. 934 т. X. ч. 1: „Дарованіе кому либо отъ Императорскаго Величества Именнымъ Высочайшимъ Указомъ недвижимаго имущества въ полную или ограниченную собственность называется пожалованіемъ“. Нынѣ, однако, пожалованіе земель въ видѣ награды за отличіе по гражданской службѣ отмѣнено. Дѣла объ отчужденіи части государственныхъ имуществъ, требующія Высочайшаго соизволенія, подлежатъ вѣдѣнію законодательныхъ учрежденій (прим. къ ст. 934). Само пожалованіе, какъ особый видъ даренія, есть, по видимому, способъ приобрѣтенія права собственности, ибо дареніе отнесено у насъ въ законахъ къ способамъ приобрѣтенія права собственности. Поэтому сенатъ б. м. правильно разрѣшаетъ продажу лѣса на срубъ изъ пожалованнаго участка, еще не отведеннаго (78/105). Поэтому же неявка въ теченіе 10 лѣтъ къ отведенному участку для его пріема погашаетъ право на отведенный участокъ (ст. 966 т. X ч. 1). См., однако, § 17, II. 3.

б. Равнымъ образомъ, можно сомнѣваться, есть ли отводъ земли первоначальный способъ или производный. Вѣрнѣе — первоначальный, т. к. гражданское право имѣетъ въ виду преемствен-

ность правъ между частными лицами, между тѣмъ, какъ здѣсь идетъ рѣчь о передачѣ недвижимости государствомъ, да еще спеціальнымъ закономъ.

3) *Давность владѣнія, или приобрѣтательная давность (§ 11. 2. а) есть также а) первоначальный способъ приобрѣтенія собственности б) на движимыя и недвижимыя вещи, в) при соблюденіи особыхъ условій (принадлежностей), установленныхъ закономъ.*

а. Владѣлецъ, по истеченіи опредѣленнаго срока, получаетъ право собственности на вещь независимо отъ прежняго права собственности на ту же вещь. Между прежнимъ и новымъ правомъ собственности нѣтъ никакой преемственной связи (§ 17 I. 1). Этому едва ли противорѣчитъ рѣшеніе сената о томъ, что имущество, приобрѣтенное по давности, не теряетъ родового характера, если лицо имѣетъ право приобрѣсти его по законному наслѣдованію (Об/38; иначе—Шершеневичъ).

б. Въ современномъ гражданскомъ оборотѣ давность владѣнія почти не играетъ никакой роли въ отношеніи вещей недвижимыхъ. Это объясняется тѣмъ, что современное гражданское законодательство, въ видахъ устойчивости оборота, приобрѣтеніе права собственности на недвижимость безповоротно связываетъ съ записью въ ипотечныхъ книгахъ (§ 17 II. 2). Поэтому, въ тѣхъ законодательствахъ, въ которыхъ нѣтъ ипотечной системы, какъ наприм., въ нашемъ, давность владѣнія на недвижимость еще играетъ выдающуюся роль. Большая часть судебныхъ споровъ, наиболѣе продолжительныхъ и запутанныхъ въ области вещнаго права, относится на долю приобрѣтательной давности. Правда, эти споры въ значительной мѣрѣ вызываются своеобразной организаціей приобрѣтательной давности по нашему праву. Такъ, въ противоположность римскому праву, у насъ не требуется ни того, чтобы владѣніе было основано на какомъ-либо, хотя бы и неправильномъ способѣ (титулѣ) приобрѣтенія права собственности, ни того чтобы владѣніе возникло у лица добросовѣстно. Поэтому, всякое владѣніе, даже незаконное (подложное, насильственное, или самовольное) и недобросовѣстное, по истеченіи десяти лѣтъ спокойнаго, безспорнаго и непрерывнаго обладанія вещью, какъ своею собственною („въ видѣ собственности“), превращается у

насъ въ право собственности. Въ этомъ отношеніи, по сравненію съ русскимъ правомъ, весьма выгодно отличается общегерманское уложеніе, которое требуетъ добросовѣстности не только въ началѣ владѣнія вещью, но и въ теченіе всего срока давности. Наприм., если лицо А владѣтъ вещью въ теченіе пяти лѣтъ, а на шестой годъ узнаетъ, что эта вещь—чужая, то это знаніе прерываетъ дальнѣйшее теченіе давности. Напротивъ, по русскому праву то же лицо А можетъ владѣтъ вещью во все время теченія давности, будучи увѣрено, что вещь—чужая, что оно ее насильно захватило и, тѣмъ не менѣе, давность течетъ, и такое лицо приобрѣтетъ право собственности. Поэтому Проектъ гражданского уложенія правильно требуетъ добросовѣстности для осуществленія десятилѣтней давности, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ допускаетъ, однако, недобросовѣстное приобрѣтеніе въ случаѣ двадцатилѣтняго владѣнія вещью (ст. 909).

в. Нашъ законъ знаетъ пять принадлежностей, или условій дѣйствительности приобрѣтательной давности. 1) Необходимо владѣтъ вещью въ видѣ собственности (ст. 560 т. X ч. 1), т. е. владѣтъ, пользоваться и распоряжаться вещью исключительно и независимо отъ хозяина данной вещи. Поэтому арендаторъ, сколько бы лѣтъ онъ ни владѣлъ вещью, не приобрѣтетъ ее по давности. Поэтому же и надѣльную землю до прекращенія выкупной операціи, полученія данной, нельзя было приобрѣтать по давности, такъ какъ крестьяне пользовались этой землей, не владѣя ею въ видѣ собственности (91/80, 89/122). 2) Владѣніе должно быть спокойнымъ и безспорнымъ (ст. 553 и 557 т. X ч. 1). При этомъ законъ постановляетъ, что владѣніе становится спорнымъ тогда, когда противъ владѣльца поступили въ судебныя мѣста*) исковыя прошенія постороннихъ лицъ (ст. 559 т. X ч. 1). Вопреки закону сенатъ разъяснилъ, однако, что владѣніе становится спорнымъ и въ томъ случаѣ, когда самъ владѣлецъ вчинить искъ противъ посторонняго лица (79/358, 82/25). Впрочемъ, искъ владѣльца о нарушенномъ вла-

*) Сенатъ разъяснилъ, что прерываетъ теченіе давности споръ, возбужденный и въ административныхъ установленіяхъ, которымъ законъ присвоилъ судебныя обязанности. Къ такимъ установленіямъ принадлежатъ крестьянскія мировыя учрежденія (03/138).

дѣній не дѣласть его владѣнія спорнымъ, если судья возстановилъ нарушенное владѣніе (73/113). Такимъ образомъ, законъ и сенатская практика опредѣляютъ понятіе безспорности, но они не говорятъ, что слѣдуетъ понимать подъ „спокойнымъ владѣніемъ“. Большинство цивилистовъ отождествляетъ, поэтому, спокойствіе владѣнія съ безспорностью. Напротивъ, другіе цивилисты (Боровиковскій, Анненковъ и Васьковскій) понимаютъ подъ спокойствіемъ фактическую ненарушимость владѣнія, въ противоположность юридической,—безспорности. При молчаніи закона едва ли возможно положительно рѣшить данный вопросъ.

3) Владѣніе должно быть непрерывнымъ (стт. 533 и 567 т. X ч. 1). Нарушеніе владѣнія, устраненное судомъ, не прерываетъ теченія давности (78/113; см. выше), но зато въ недавнее время сенатъ; на основаніи ст. 567 т. X ч. 1, постановилъ, что распоряженіе собственника своимъ недвижимымъ имуществомъ посредствомъ документовъ (документальное распоряженіе) прерываетъ давность владѣнія, хотя бы это распоряженіе было не извѣстно фактическому владѣльцу, не сталкивалось съ его владѣніемъ, не препятствовало ему ни въ чемъ и выливалось лишь въ формѣ непосредственныхъ отношеній собственника къ имѣнію (06/42)*). Этимъ рѣшеніемъ сенатъ вноситъ большое новшество въ институтъ давности владѣнія по русскому праву. Если, напр., собственникъ заложитъ свое имѣніе, то этимъ самымъ онъ прерываетъ давность владѣнія. Напротивъ, платежъ со стороны собственника повинностей, лежащихъ на землѣ, сенатъ хотя и признаетъ однимъ изъ существенныхъ проявленій права собственности (88/42), однако, въ то же время онъ не признаетъ за такимъ платежомъ значенія, поглащающаго всѣ прочіе признаки давностнаго владѣнія настолько, чтобы они теряли всякую силу. Поэтому, въ случаѣ платежа повинностей собственникомъ, владѣлецъ не лишенъ возможности доказывать, что его владѣніе соответствуетъ требованіямъ закона о давности (96/31); въ частности, судъ въ правѣ отвергнуть ссылку собственника даже и на платежъ имъ выкупныхъ платежей (97/36). Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить, что преемство во владѣніи вещью не прерываетъ

*) Лангеръ, Къ толкованію 567 ст. 1 ч. X т. св. зак. (Право 1910 № 42).

давности, когда преемникъ продолжаетъ пользоваться имуществомъ въ лицѣ своего предшественника путемъ наслѣдства или иного способа передачи имущества отъ одного лица другому (80/41, 81/154). Преемство владѣнія не можетъ быть, однако, основано исключительно на приобрѣтеніи имущества съ публичнаго торга (91/68). 4) Владѣніе должно быть обладаніемъ такихъ имуществъ, которыя могутъ быть по закону приобрѣтаемы по давности. Не могутъ быть приобрѣтаемы по давности дворцовыя имущества, именуемая Государевыми (ст. 562¹, 412 т. X ч. 1), межи генеральнаго межеванія (ст. 563), заповѣдныя имущества (ст. 564) и вообще вещи, изъятые изъ гражданскаго оборота. Кромѣ того, не подлежатъ давности, согласно сенатской практикѣ: юртовыя и войсковыя земли области войска Донскаго (04/54), площадь земли, отчужденной подъ желѣзную дорогу (94/100), городскіе бечевники и набережныя (88/43) и городскія площади, улицы и переулки (92/25). Напротивъ, церковныя земли (02/2, иначе 93/2) и городскія выгонныя земли (02/106) подлежатъ давности. 5) Срокъ давности—десять лѣтъ (ст. 565 т. X ч. 1). См. о приостановкѣ давности для несовершеннолѣтнихъ и другихъ лицъ (§ 11. 2. б).

Соблюденіе всѣхъ вышеуказанныхъ условій приобрѣтенія собственности по давности, согласно разъясненію сената (06/38), ведетъ само по себѣ къ приобрѣтенію права собственности, независимо отъ потери собственности прежнимъ собственникомъ. Но для того, чтобы фактическій владѣлецъ получилъ документъ для распоряженія приобрѣтенною по давности недвижимостью, для этого ему необходимо укрѣпить право собственности и получить путемъ ввода во владѣніе крѣпостной актъ (72/792, 91/49 и ст. 1424 Уст. гр. суд.).

4) *Возникновеніе у лица права собственности на чужую вещь, движимую или недвижимую, такимъ образомъ, что эта чужая вещь неразрывно присоединяется къ его вещи въ качествѣ придаточной и не можетъ быть отдѣлена безъ существеннаго поврежденія главной вещи, есть приращеніе. Напротивъ, соединеніе вещей отдѣльныхъ собственниковъ такимъ образомъ, что, при полной невозможности разъединенія ихъ, ни одна вещь въ отношеніи другой не является главной, есть смѣшеніе.*

Оба указанные способа возникновенія права собственности (приращеніе и смѣшеніе) называются соединеніемъ вещей. Приращеніемъ движимой вещи къ недвижимой будутъ: насажденіе чужихъ растеній, посѣвъ чужихъ сѣмянъ и постройка изъ чужого матеріала зданія на собственной землѣ. Впрочемъ, если само лицо застраиваетъ собственный матеріаль на чужой землѣ, то собственникъ матеріала можетъ взять его назадъ, если этимъ не приводится имущество хозяина земли въ разстройство (ст. 611 т. X ч. 1). Примѣры приращенія движимости къ движимости: придѣлка чужой ручки къ самовару, чужая краска, употребленная для рисунка на своей доскѣ и т. п. Какая главная вещь и какая придаточная,—это рѣшается съ т. зр. гражданского оборота. Наконецъ, приращеніемъ недвижимости къ недвижимости будутъ: намывъ, или наносъ песка или земли силою теченія рѣки къ берегу какого-либо собственника (ст. 428 т. X ч. 1; 84/15), возникновеніе на рѣкѣ острова (ст. 427 т. X ч. 1) или обнаженіе дна (ст. 426 и 428 т. X ч. 1). Возможенъ, конечно, и отрывъ цѣлаго куска земли отъ одного берега и сращеніе его съ другимъ, но нашъ законъ не предусматриваетъ этого случая.

Что касается смѣшенія, то, въ сущности, его нельзя разсматривать, какъ способъ возникновенія права собственности. Такъ, напр., при смѣшеніи вина или зеренъ и т. п., принадлежащихъ разнымъ собственникамъ, измѣняется лишь видъ права собственности: возникаетъ общая собственность на смѣшанныя, или слившіяся вещества. Въ гражданскихъ законахъ нѣтъ какихъ-либо указаній по вопросу о смѣшеніи. Лишь въ Уставѣ торговомъ предусмотрѣны случаи смѣшенія (обезличенія) товаровъ на складахъ (Ст. 812—819 Уст. торг.).

3. Вещь, имѣющая собственника неизвестнаго, ведетъ къ первоначальному возникновенію на нее права собственности другого лица въ юридическомъ отношеніи менѣе сложно: 5) находкой вещи и 6) открытіемъ клада.

б) Возникновеніе у лица права собственности на движимую вещь, имѣющую неизвестнаго собственника (потерянная и забытая вещь), есть находка.

Точно такъ же и нашъ законъ называетъ находку обрѣтениемъ вещей и другихъ движимыхъ имуществъ, которыхъ вла-

дѣлецъ неизвѣстенъ (ст. 538 т. X ч. I). Однако, „находка тогда только обращается въ право собственности, когда по явкѣ и публикаціи не найдено будетъ хозяина“ (та же статья). При этомъ сенатъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній требуетъ: 1) чтобы хозяинъ былъ дѣйствительно неизвѣстенъ, т. е. нашедшій вещь не зналъ и не могъ знать хозяина. Поэтому не могутъ быть предметомъ находки вещи, потерянные: на глазахъ нашедшаго ихъ (76/45), въ домѣ хозяина или въ его помѣщеніи (69/562), найденныя: на лѣстницѣ, хотя бы она вела въ нѣсколько помѣщеній (69/562) и въ стѣнѣ дома (73/1670); равнымъ образомъ не могутъ быть предметомъ находки именныя денежныя бумаги и вообще долговые документы (69/73). 2) Сенатъ существеннымъ признакомъ находки считаетъ полную утрату вещи. Поэтому не могутъ быть предметомъ находки вещи, оставленныя или забытыя пассажирами при переѣздахъ по желѣзнымъ дорогамъ (97/16) и, въ частности, на станціи желѣзной дороги (02/51), такъ какъ въ этихъ случаяхъ служащіе желѣзныхъ дорогъ обязаны наблюдать за вещами пассажировъ. Было бы весьма послѣдовательно распространить вышеуказанныя сенатскія разъясненія и на потерю вещей въ присутственныхъ мѣстахъ. 3) Характерную особенность находки, какъ способа пріобрѣтенія права собственности, составляетъ необходимость розыска хозяина. У насъ этотъ розыскъ производится путемъ тоекратной публикаціи въ мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ (ст. 539 т. X ч. I). Если хозяинъ найдется, то нашедшій потерянную вещь, въ силу той же самой статьи, получаетъ въ награду третью часть ея цѣны *). Для полученія этой награды не требуется, однако, ни заявленія о находкѣ полиціи, ни публикаціи (90/99, иначе 70/798). Вопросъ объ основаніи вознагражденія не ясенъ. Имѣется ли въ виду вознаградить нашедшаго вещь за добросовѣстность или за трудъ при розыскѣ вещи, или, наконецъ, побудить его наградой къ возвращенію вещи хозяину? Последнее основаніе болѣе вѣроятно,

*) За найденныя старыя монеты или другія древности, представленныя подлежащему начальству, уплачивается вся настоящая цѣна золота, серебра или иного вещества, изъ коего онѣ сдѣланы (539¹ т. X ч. I). Объ особомъ порядкѣ вознагражденія за пригульный скотъ (одна шестая часть) см. приложение къ ст. 539 т. X ч. I.

если принять во вниманіе столь высокую награду, какъ одну треть цѣнности вещи. Но это основаніе въ то же время чрезвычайно несправедливое, такъ какъ оно лишаетъ собственника значительной части цѣнности потеряннаго имущества. Правильнѣе, поэтому, поступаетъ общегерманское уложеніе, которое понижаетъ вознагражденіе за находку до размѣра 5⁰/₁₀₀, съ вещей стоимостью до 300 марокъ, а свыше этой суммы до 1⁰/₁₀₀ и предоставляетъ собственнику вещи въ теченіе трехъ лѣтъ требовать отъ находчика, сдѣлавшагося собственникомъ вещи, вознагражденія въ размѣрѣ его обогащенія этой вещью (неправомѣрнаго обогащенія). Болѣе правильно поступаетъ общегерманское уложеніе и въ другомъ отношеніи. Для приобрѣтенія находкой права собственности оно устанавливаетъ годовой срокъ. У насъ же срокъ не указанъ (ср., однако, ст. 553 Уст. торг. т. XI ч. 2). Въ этомъ отношеніи постановленія нашего Проекта, признающаго годичный срокъ со времени публикаціи для приобрѣтенія въ собственность найденной вещи (ст. 866) и вознагражденіе за находку въ размѣрѣ десятой части стоимости найденной вещи (ст. 865), болѣе отвѣчаютъ требованіямъ современнаго гражданскаго права, чѣмъ постановленія т. X ч. 1. *)

6) Что касается клада, какъ особаго вида находки, то подъ нимъ разумѣется возникновеніе права собственности на цѣнную движимую вещь неизвѣстнаго собственника, скрывшаго ее намеренно такъ давно, что нѣтъ возможности его опредѣлить.

Нашъ законъ называетъ кладъ сокровищемъ, скрытымъ въ землѣ, и признаетъ, что онъ принадлежитъ владѣльцу земли, почему безъ его позволенія никто не можетъ отыскивать клада на его землѣ. Лишь въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской кладъ, отысканный кѣмъ-либо случайно на чужой землѣ, поступаетъ въ размѣрѣ одной половины къ отыскавшему кладъ (ст. 430 т. X ч. 1). Проектъ подводитъ подъ понятіе клада не только вещи, зарытыя въ землѣ, но и задѣланныя въ стѣнѣ (ст. 874), и предоставляетъ нашедшему кладъ, случайно или съ дозволенія собственника, право собственности на одну десятую часть его или,

*) К а с с о, Неизвѣстность хозяина найденной вещи. Москва.

если таковая не может быть выдѣлена безъ поврежденія клада, — право на вознагражденіе въ размѣрѣ одной десятой стоимости его (ст. 875).

4. Вещь, не имѣющая собственника, ведетъ къ первоначальному возникновенію на нее права собственности другого лица самымъ простымъ способомъ: 7) овладѣніемъ вещью, 8) переработкой вещи въ новую и 9) отдѣленіемъ плодовъ.

7) Возникновеніе у лица права собственности на движимую вещь, не имѣющую собственника (безхозяйную вещь), есть завладѣніе (оккупация).

Безхозяйными вещами считаются вещи, никогда не имѣвшія собственника, или имѣвшія, но намѣренно покинутыя собственникомъ. Т. X ч. 1 не устанавливаетъ прямо завладѣнія, какъ способа пріобрѣтенія права собственности. Однако, на основаніи ст. 406 т. X ч. 1 можно заключить, что лишь недвижимыя имущества, какъ и ихъ принадлежности — движимыя имущества, „не принадлежащія никому въ особенности“, относятся къ государственнымъ имуществамъ и, слѣдовательно, не подлежатъ завладѣнію. Напротивъ, завладѣніе есть способъ пріобрѣтенія права собственности: 1) при охотѣ на дичь и дикихъ животныхъ (т. XII ч. 2 стт. 164—174), 2) при ловлѣ рыбы въ моряхъ и озерахъ, не состоящихъ въ частномъ владѣніи (т. XII ч. 2 Уст. сельск. хоз. стт. 490—499), а равно при ловлѣ жемчуга въ морѣ (т. XII ч. 2 Уст. сельск. хоз. стт. 770, 771) и пѣявокъ въ прудахъ и озерахъ (тамъ же ст. 780), 3) при собираніи грибовъ и вообще лѣсныхъ плодовъ въ казенныхъ лѣсахъ, если нѣтъ на то особаго запрещенія (т. VIII ч. 1 Уст. лѣсного стт. 325, 327). На основаніи указанныхъ статей тома XII и VIII можно заключить, что завладѣніе движимыми вещами допускается нашимъ законодательствомъ. Это заключеніе находитъ себѣ дальнѣйшее подтвержденіе въ ст. 539² т. X ч. 1, которая устанавливаетъ изъятія относительно метеоритовъ. Личо, завладѣвшее метеоритомъ, обязано передать его въ правительственный музей. Что касается военной и морской добычи, какъ вещей непріятельскихъ, то такая добыча принадлежитъ также государству. Немногія вышеприведенныя постановленія нашего законодательства

о завладѣніи, къ сожалѣнію, не даютъ яснаго отвѣта на вопросъ о томъ, кому принадлежитъ убитый звѣрь или дичь въ чужомъ лѣсу безъ дозволенія хозяина. Правда, ст. 174 Уст. сельск. хоз. прямо постановляетъ, что „убивать хищныхъ звѣрей, опасныхъ для человѣка и домашняго скота, на чужой землѣ, безъ разрѣшенія владѣльца, дозволяется лишь при случайной встрѣчѣ съ ними или по приглашенію мѣстной полицейской власти“ (ср. ст. 184 того же устава). Однако, обычный взглядъ на охоту шире постановленія данной статьи. И кромѣ того, что наиболѣе существенно, если право собственности на дикое животное принадлежитъ хозяину земли вслѣдствіе того, что дикое животное есть ея принадлежность, то въ такомъ случаѣ нѣтъ надобности въ завладѣніи, какъ способѣ приобрѣтенія права собственности и для хозяина. Между тѣмъ, такое завладѣніе необходимо для хозяина. Тѣмъ не менѣе, хотя не безъ нѣкотораго колебанія, Проектъ постановилъ: „Кто охотится на чужой землѣ или ловить рыбу въ чужихъ водахъ, не имѣя на то права, тотъ не приобрѣтаетъ права собственности на убитое или пойманное животное и обязанъ возмѣстить убытки собственнику земли или воды“ (п. 1 ст. 856).

8) *Возникновеніе у лица права собственности на новую вещь, созданную трудомъ этого лица изъ своего или чужого матеріала, есть переработка (спецификація).*

Переработка—несомнѣнно первоначальный способъ приобрѣтенія права собственности даже и въ томъ случаѣ, когда собственникомъ новой вещи признается лицо, создавшее ее изъ чужого матеріала, а не изъ своего. Споренъ, однако, вопросъ, кто является собственникомъ новой вещи. Такъ, общегерманское уложеніе въ разрѣшеніи даннаго вопроса обращаетъ вниманіе на цѣнность работы по сравненію съ цѣнностью матеріала (ст. 950), швейцарское уложеніе прибавляетъ къ этому еще добросовѣстность лица, переработавшаго вещь (ст. 726). Наше же законодательство, къ сожалѣнію, не рѣшаетъ даннаго вопроса. Одни ученые признаютъ право собственности за хозяиномъ матеріала на основаніи ст. 609 т. X ч. 1: „Всякій, владѣвшій незаконно чужимъ имуществомъ..., обязанъ... возвратитъ имущество

настоящему хозяину онаго и вознаградить его за неправо владѣніе“. Другіе, на основаніи ст. 673 т. X ч. 1, признають право собственности на вновь созданную вещь за лицомъ, переработавшимъ чужой матеріалъ. Статья эта говоритъ, что, въ случаѣ поврежденія или истребленія какого-либо имущества, виновный въ томъ обязанъ за истребленное имущество заплатить, а поврежденное имущество привести въ прежнее состояніе или, когда исправленіе этого имущества окажется невозможнымъ, заплатить за поврежденное имущество такъ же, какъ и за имущество истребленное. Равнымъ образомъ обязанъ вознаградить и за всѣ потери и убытки, причиненные истребленіемъ или поврежденіемъ имущества. Къ сожалѣнію, оба мнѣнія не рѣшаютъ, въ концѣ концовъ, даннаго вопроса. Ст. 609 обязываетъ возвратить имущество хозяину, но при переработкѣ нѣтъ болѣе этого имущества, а есть новая вещь, слѣдовательно, нѣтъ того, что нужно возвратить. Ст. 673 имѣетъ въ виду истребленіе или поврежденіе какого-либо имущества, между тѣмъ какъ переработка не есть только истребленіе или поврежденіе, а созданіе новаго имущества. Напр., виноградъ нельзя считать истребленнымъ или поврежденнымъ, если изъ него сдѣлано вино; равнымъ образомъ виноградъ нельзя вернуть хозяину, такъ какъ его болѣе нѣтъ. Поэтому, быть можетъ, будетъ правильнѣе, на основаніи ст. 684 т. X ч. 1, признать право собственности на новую вещь за создавшимъ ее изъ чужого матеріала. Согласно этой статьѣ, всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніемъ или упущеніемъ... Понятно, что если возникла новая вещь, то старая перестала существовать, чѣмъ нанесенъ убытокъ хозяину матеріала. Отсюда, ему остается лишь требовать себѣ вознагражденія за вредъ и убытки отъ переработки его вещи другимъ лицомъ. Правильно поэтому постановляетъ Проектъ, обязывая переработавшаго чужую вещь вознаградить прежняго собственника переработанной вещи (ст. 851).—Переработка, какъ способъ приобрѣтенія права собственности, возможна, конечно, и въ отношеніи собственныхъ матеріаловъ. При этомъ очевидно, что служебный персоналъ того или другого хозяина является лишь представителемъ хозяина, почему и собственность на новыя вещи, созданныя этимъ персоналомъ, приобрѣтаетъ хозяинъ предпріятія.

9) *Возникновеніе у лица права собственности на плоды путемъ отдѣленія ихъ отъ его собственной вещи есть отдѣленіе плодовъ.*

Отдѣленіе плодовъ можетъ быть, однако, и производнымъ способомъ, наприм., при арендѣ (ст. 535 и 536 т. X ч. 1), пожизненномъ пользованіи (ст. 533⁴) и въ другихъ случаяхъ. Напротивъ, нормально отдѣленіе плодовъ есть первоначальный способъ. Отдѣленіемъ плодовъ пріобрѣтаетъ право собственности не только собственникъ, но и добросовѣстный владѣлецъ. Для этого послѣднему необходимо, однако, еще и собрать отдѣленные плоды (ст. 626 т. X ч. 1). Впрочемъ, добросовѣстный владѣлецъ получаетъ также доходы, которые ему слѣдуютъ по день объявленія спора противъ его владѣнія (та же статья).

§ 18. Содержаніе, виды и прекращеніе права собственности.

I. Содержаніе права собственности.

1. *Содержаніе права собственности устанавливается отрицательно. Собственникъ въ правѣ дѣлать съ вещью все, что только ему не запрещено правомъ.*

Поэтому не достигаютъ своей цѣли наши гражданскіе законы, когда они положительно опредѣляютъ право собственности, какъ соединенное въ одномъ лицѣ владѣніе, пользованіе и распоряженіе вещью (ст. 423: полная собственность). Такъ, лицо можетъ не владѣть, не пользоваться, не распоряжаться вещью и, тѣмъ не менѣе, по крайней мѣрѣ въ теченіе десяти лѣтъ (срокъ пріобрѣтательной давности), оно все же есть собственникъ вещи.

2. *Въ частности, заслуживаютъ вниманія пространственныя границы права собственности на землю.*

Понятно, что собственникъ имѣетъ власть надъ поверхностью принадлежащей ему земли и на всѣ ея принадлежности (ст. 424 и 386—392 т. X ч. 1), но ему принадлежитъ также власть и на нѣдра земли (ст. 424), и на воздушное пространство надъ его землею (воздушный столбъ). При этомъ, собственникъ въ правѣ продать нѣдра земли отдѣльно отъ ея поверхности или, обратно, оставить ихъ за собою, продавъ поверх-

ность земли (03/67). Право собственности на ископаемые переходить, однако, съ момента выработки, извлеченія ихъ изъ земли (02/36).—Что же касается воздушнаго столба, то право собственности на него признано сенатомъ за собственникомъ земли (87/93). Однако, т. е. право собственности предполагаетъ возможность господства лица надъ вещью, а равно и какой-либо интересъ для собственника, то собственникъ не въ правѣ запретить аэропланамъ перелетъ чрезъ воздушное пространство надъ его землею. Но онъ въ правѣ запретить проведеніе телеграфной и телефонной проволоки надъ своимъ дворомъ.

II. Виды права собственности.

Различаютъ собственность: 1) индивидуальную (личную), 2) общую, 3) общинную, 4) семейную и 5) государственную.

1. Нормально предполагается, что право собственности на вещь принадлежит одному лицу и именно, физическому, человеку. Такая собственность и называется, поэтому, индивидуальной, личной.

Индивидуальную, или личную собственность слѣдуетъ отличать отъ собственности юридическаго лица: учрежденія или союза лицъ. Въ послѣднемъ случаѣ собственность принадлежит не одному физическому лицу и не всѣмъ имъ вмѣстѣ взятымъ, а особому лицу—юридическому (§ 4. I. 1). Поэтому собственность юридическаго лица можетъ быть названа личной, индивидуальной, лишь въ переносномъ смыслѣ этого слова.

2. Общая собственность есть, напротивъ, совмѣстная собственность а) нѣсколькихъ лицъ б) на какую-либо одну вещь: в) въ видѣ доли ея цѣнности для каждаго изъ участниковъ, г) связаннаго въ осуществленіи своего права общимъ согласіемъ всѣхъ остальныхъ участниковъ, но д) съ правомъ свободно распоряжаться своею долей и превратить ее въ индивидуальную собственность.

а. Такъ необходимо, прежде всего, совмѣстное право нѣсколькихъ лицъ; иначе это будетъ право собственности юридическаго лица (ср. общинную собственность).

б. Далѣе, это право должно простирается на какую-либо одну вещь, т. е. въ противномъ случаѣ, совмѣстное пользованіе

собственниками принадлежащею каждому изъ нихъ особой вѣщью будетъ только совмѣстнымъ пользованіемъ личною собственностью каждаго изъ собственниковъ.

в. Спорно, однако, въ чемъ выражается право участника въ общей собственности. Дѣло въ томъ, что каждый участникъ имѣеть право собственности на каждую матеріальную частицу общей вещи, какъ бы мала она ни была, но непременно совмѣстно съ другими участниками. Отсюда, ни одинъ участникъ не въ состояніи указать своей матеріальной части вещи, на которую ему исключительно принадлежитъ право собственности. Поэтому правильнѣе говорить не о матеріальной, а объ идеальной, мыслимой части каждаго участника въ общей собственности. Однако, идеальную, мыслимую долю (жеребій, см. § 14. 2. 3) необходимо понимать лишь въ смыслѣ извѣстной доли цѣнности вещи. Только въ этомъ случаѣ идеальная, мыслимая доля, какъ часть цѣнности вещи, можетъ быть реально выражена въ доходности вещи (ст. 545 т. X ч. 1). Если, напр., домъ, находящійся въ общей собственности трехъ наслѣдниковъ, приносить имъ чистый доходъ въ размѣрѣ девятисотъ рублей, то идеальная, мыслимая доля каждаго изъ трехъ наслѣдниковъ выразится реально, при равенствѣ ихъ долей, въ размѣрѣ 300 руб. на каждаго. Поэтому же тамъ, гдѣ наслѣдники сами живутъ въ домѣ, т. е. не получаютъ дохода, идеальная, мыслимая доля каждаго изъ нихъ, даже и при неравенствѣ ихъ наслѣдственныхъ долей, будетъ, тѣмъ не менѣе, равной.

г. Т. к., далѣе, каждый изъ соучастниковъ имѣеть право собственности на всякую матеріальную частицу общей вещи, то распоряженіе вѣщью возможно только съ общаго согласія (стт. 546, 555 и 1632 т. X ч. 1; 80/102). Въ частности, слѣдуетъ отмѣтить, что по той же причинѣ право собственности на общую вещь можетъ быть пріобрѣтено по давности только въ томъ случаѣ, когда уже ни одинъ изъ участниковъ не владѣеть этой вѣщью въ теченіе давностнаго срока.

д. Но общее согласіе всѣхъ собственниковъ въ распоряженіи вѣщью противорѣчитъ, конечно, принципу индивидуальной свободы,—основѣ современнаго частнаго строя. Въ цѣляхъ ослабленія этого противорѣчія гражданское право предоставляетъ каждому участнику особые права.

Во 1-хъ, право продать и заложить свою долю (ст. 555 т. X ч. 1). Согласно разъясненію сената, участникъ не обязанъ предупредить о продажѣ другихъ участниковъ (00/55), но каждый изъ нихъ имѣетъ, однако, право преимущественной покупки. Поэтому, если участникъ узнаетъ о запроданной долѣ, то можетъ пріобрѣсти эту долю, пока еще продажа не состоялась (05/47).

Во 2-хъ, право требовать выдѣла своей доли путемъ добровольнаго и даже судебного раздѣла имущества (ст. 555). Поэтому же, въ интересахъ третьихъ лицъ—кредиторовъ, доля со-участника можетъ быть продана за его долги съ публичнаго торга (ст. 1188 Уст. гр. суд.).

Наиболѣе частый случай возникновенія общей собственности есть наслѣдованіе; наиболѣе частый случай ея прекращенія—раздѣлъ.

3. Общинная собственность есть право собственности на землю не отдѣльныхъ лицъ, а союза людей, общины, какъ юридическаго лица.

Так. обр., общинная собственность рѣзко отличается отъ общей собственности какъ со стороны объекта, такъ и со стороны субъекта.

Что касается объекта, то имъ въ общинной собственности является вся мирская общинная земля, за исключеніемъ усадебной земли, находящейся въ наслѣдственномъ владѣніи (см. 4, семейная собственность).

Субъектомъ же будетъ юридическое лицо, а не нѣсколько физическихъ лицъ, какъ въ общей собственности. Отсюда, членъ общины не имѣетъ, конечно, и правъ общаго собственника (см. 2. в и д), въ частности у него нѣтъ, поэтому, и права на идеальную, мыслимую долю и на ея выдѣлъ.

Въ русской литературѣ спорно, однако, есть ли наша община юридическое лицо. Отчасти и самъ законъ смѣшиваетъ общинную собственность съ общей (ср. ст. 555 прим. и ст. 414 п. 3 т. X ч. 1). Это смѣшеніе продолжаетъ поддерживать и новый законъ. Статьею 9 закона 14 іюня 1910 г. право на выдѣлъ предоставлено членамъ общины, и въ этомъ отношеніи общинная собственность уравнивается съ общей собственностью.

Если и прежде много спорили о томъ (сенатская практика противорѣчива), кто собственникъ: —община, какъ юридическое лицо, или отдѣльные ея члены, то въ настоящее время, въ силу закона 14 іюня 1910 г., сдѣланъ уже починъ къ превращенію общинной собственности въ индивидуальную, или личную собственность и, так. обр., прежній споръ до извѣстной степени теряетъ свое значеніе *). Впрочемъ, разрушая общинное владѣніе, вышеупомянутый законъ поддерживаетъ и общую собственность въ тѣхъ случаяхъ, когда выдѣленная пахатная земля попадаетъ въ руки матери и дѣтей или боковыхъ родственниковъ, составляющихъ одинъ дворъ (ст. 47 и 48 того же закона). Это съ одной стороны. Съ другой, тотъ же законъ подчинилъ участки, выдѣленные въ личную или общую собственность, правиламъ о надѣльныхъ общинныхъ земляхъ (ст. 39) и ограничилъ, так. обр., свободу распоряженія ею путемъ продажи и даренія (ст. 56). Въ итогъ въ настоящее время чрезвычайно трудно установить юридическую природу какъ самой общинной собственности тамъ, гдѣ она сохраняется нынѣ, такъ и той личной и общей собственности, которая возникаетъ путемъ выдѣла пахатной земли изъ общинной собственности.

4. Семейная собственность есть собственность двора, т. е. всѣхъ членовъ крестьянской семьи на усадебную землю и вообще на имущество двора.

Однако, и здѣсь также спорно, есть ли семья юридическое лицо, или нѣтъ. Въ зависимости отъ того или другого разрѣшенія этого вопроса, можно разсматривать семейную собственность или какъ особый видъ общинной собственности, или какъ общую собственность: Нынѣ вышеупомянутый законъ 14 іюня 1910 года рѣшаетъ спорный вопросъ совершенно иначе. Онъ признаетъ собственникомъ усадебной земли только домохозяина (ст. 47). Так. обр., домохозяинъ, какъ личный собственникъ, не есть болѣе представитель двора.

*) Согласно ст. 1 новаго закона, признаются перешедшими къ подворному владѣнію на правѣ частной собственности только тѣ общества и селенія, въ которыхъ не было передѣловъ со времени надѣлевія ихъ землею. Слѣдовательно, другія общества признаются сохраняющими общинную форму землевладѣнія.

5. *Право собственности государственной есть верховное обладание государственными имуществами.* Ст. 421 т. X ч. 1, ср. ст. 422.

III. Прекращение права собственности.

1. *Право собственности прекращается прежде всего уничтожениемъ того объекта (вещи), на которой оно направлено.*

Такимъ уничтоженіемъ вещи будетъ исчезновеніе ея изъ физическаго міра, напр., при пожарѣ или изыятіе ея изъ гражданскаго оборота, напр., а) при экспроприаціи и б) конфискаціи.

а. Экспроприація, по опредѣленію нашего закона, есть принудительное отчужденіе недвижимыхъ имуществъ, когда оно необходимо для какой-либо государственной или общественной пользы, и допускаемое не иначе, какъ за справедливое и приличное вознагражденіе (ст. 575 т. X ч. 1). Принудительное отчужденіе недвижимыхъ имуществъ, какъ исключительное явленіе въ гражданскомъ оборотѣ, требуетъ именного Высочайшаго указа (ст. 576). Общія и особыя правила о вознагражденіи за экспроприированныя недвижимыя имущества изложены въ стт. 577—600. Отъ экспроприаціи, какъ способа прекращенія права собственности на недвижимыя имущества, необходимо отличать принудительное временное занятіе ихъ или же установленіе права участія въ пользованіи ими, въ цѣляхъ также государственной или общественной пользы, за справедливое и приличное вознагражденіе (ст. 575). Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ лишь ограниченіе права собственности, а не его прекращеніе (иначе Шершеневичъ).

б. Конфискація есть также принудительное со стороны государственной власти лишеніе собственника принадлежащей ему вещи, но лишеніе безвозмездное, въ видѣ наказанія (Улож. о наказ. ст. 255). Безвозмездность и отличаетъ конфискацію отъ экспроприаціи. Отсюда можно подвести подъ конфискацію и отобраніе въ казну недвижимаго имущества въ слободахъ Шатофъ и Ведено у наслѣдниковъ, не продавшихъ недвижимости въ теченіе года по полученіи наслѣдства (примѣчаніе къ ст. 1105 т. X ч. 1).

2. Право собственности прекращается также тѣмъ, что уничтожается вещная власть собственника на принадлежащую ему вещь, хотя сама вещь и остается въ физическомъ мірѣ и не изъята изъ гражданскаго оборота.

Такое уничтоженіе возможно при производныхъ способахъ приобрѣтенія права собственности и при тѣхъ первоначальныхъ, въ коихъ имѣется собственникъ вещи, какъ-то: давности, приобрѣтенія добросовѣстнымъ владѣльцемъ движимой вещи отъ несобственника, находкѣ и т. д. (§ 17. III. 2. 3). Особымъ способомъ уничтоженія вещной власти собственника будетъ, однако, продажа движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ съ публичнаго торга. При этомъ, въ частности, право собственности прекращается на самую вещь со дня судебного опредѣленія объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ и на доходы—со дня публичной продажи (92/71).

§ 19. Владѣніе.

I. Понятіе о владѣніи.

1. Владѣніе, какъ было объяснено выше, есть фактическая власть лица надъ вещью, почему такая власть, какъ фактъ, и не можетъ быть отнесена къ вещнымъ правамъ.—Въ римскомъ и б. ч. современномъ правѣ различаютъ владѣніе въ собственномъ смыслѣ этого слова и держаніе вещи (§ 15. 4).

Владѣніе отличается отъ держанія тѣмъ, что владѣлецъ, въ противоположность держателю вещи, имѣетъ самостоятельную правовую защиту. Чтобы получить эту защиту, для этого по субъективной теоріи не только необходимо фактически обладать вещью, но и надо также имѣть намѣреніе обладать ею, какъ своею. Если такого намѣренія у обладателя вещи нѣтъ, то онъ будетъ лишь держателемъ, а не владѣльцемъ вещи. Эта теорія о двухъ элементахъ владѣнія: обладанія вещью и намѣренія обладать ею, какъ своею вещью, постепенно уступаетъ въ наукѣ мѣсто другой теоріи, объективной: объ единомъ элементѣ владѣнія—только фактическомъ обладаніи вещью независимо отъ на

мѣренія обладателя. Теорія объективная называется также экономической, такъ какъ она обращаетъ вниманіе лишь на хозяйственную связь вещи съ лицомъ, на положеніе вещи въ хозяйственномъ оборотѣ, и ей нѣтъ дѣла до воли субъекта (лица), т. е. намѣренія обладателя. Согласно этой теоріи, всякое фактическое обладаніе вещью будетъ владѣніемъ, поскольку законодатель, въ силу какихъ-либо особыхъ соображеній, не лишаетъ обладателя вещи самостоятельной правовой защиты. Обѣ теоріи владѣнія борются за свое существованіе. При этомъ передовое законодательство (общегерманское—ст. 854 и 855, ср., однако, 868 и 872—и швейцарское уложеніе—ст. 919 и 920) отдаетъ предпочтеніе объективной теоріи. Для него владѣніе вещью приобрѣтается лишь достиженіемъ дѣйствительнаго господства, дѣйствительной власти надъ вещью. Впрочемъ, общегерманское уложеніе различаетъ два вида владѣльца: посредственного и непосредственного. При этомъ подъ посредственнымъ владѣльцемъ оно разумѣетъ такого обладателя вещью (напр., арендатора, хранителя), который владѣетъ вещью отъ имени другого лица (хозяина вещи). Въ римскомъ правѣ такіе владѣльцы назывались держателями (напр., арендаторъ) или производными владѣльцами, если право, по исключенію, давало имъ самостоятельную правовую защиту (напр., залогодержателю).

2. Что касается нашего законодательства, то оно, повидимому, не различаетъ владѣнія отъ держанія. Следовательно, оно признаетъ владѣніемъ всякую фактическую власть надъ вещью независимо отъ намѣренія обладателя вещи.

Именно, ст. 531 т. X ч. 1 постановляетъ: „Всякое даже и незаконное владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону о передачѣ онаго распоряженія“. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатъ, который говоритъ, что право на искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія принадлежитъ всякому фактическому владѣльцу имѣнія, напр., арендатору (71/600, 72/18, 75/587, 80/235). Равнымъ

образомъ дѣйствительный владѣлецъ, въ случаѣ нарушенія кѣмъ-либо его обладанія вещью, можетъ просить о возстановленіи владѣнія, опираясь на одинъ фактъ владѣнія безъ представленія доказательствъ на право собственности (70/1737, 73/1358, 81/129). Итакъ, согласно сенатской практикѣ, данной въ разъясненіе ст. 531 т. X ч. 1, владѣніе есть дѣйствительное господство лица надъ вещью. Слѣдовательно, оно приобретается достиженіемъ одного фактическаго обладанія вещью. Впрочемъ, сенатъ не вполне послѣдовательно проводитъ свой взглядъ на владѣніе, какъ дѣйствительное обладаніе вещью. Такъ, споръ между арендаторомъ и собственникомъ или даже арендаторами имѣнія одного и того же собственника не подлежитъ разрѣшенію на основаніи нарушеннаго владѣнія, т. е. въ силу одного только факта обладанія вещью, безъ разсмотрѣнія вопроса о правѣ на владѣніе (75/123, 587, 77/244). Въ частности, въ рѣшеніи 09/6 сенатъ высказываетъ взглядъ, что аренда не можетъ быть приравнена къ владѣнію. Къ этому прибавляютъ и мотивъ сената, положенный въ основу защиты владѣнія. Всякое дѣйствительное владѣніе, говоритъ сенатъ, предполагается основаннымъ на правѣ собственности, пока противное не будетъ доказано и признано установленнымъ порядкомъ. На этомъ то объясненіи сената нѣкоторые ученые (Шершеневичъ) пытаются также доказать, что для владѣнія по русскому праву, кромѣ обладанія вещью требуется и намѣреніе обладать ею, какъ своею вещью. Едва ли это такъ. Сенатъ имѣетъ въ виду здѣсь не намѣреніе лица, а устанавливаетъ лишь общую презумпцію, что всякое владѣніе, защищаемое владѣльцемъ, въ силу одной этой защиты предполагается владѣніемъ на правѣ собственности. Что дѣйствительно нашъ законъ не требуетъ для защиты владѣнія намѣренія лица обладать вещью, какъ своею, для себя, подтвержденіемъ этого служатъ ст. 1314 Уст. гр. суд.: „Частныя лица и общества, владѣющія имуществами казенныхъ управленій на правѣ пользованія, въ случаѣ нарушенія кѣмъ-либо ихъ владѣнія, могутъ и непосредственно отъ себя предъявлять иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“... Къ этому слѣдуетъ прибавить, что ст. 531 т. X ч. 1 прямо постановляетъ, что всякое владѣніе охраняется отъ

насилія и самоуправства *), не дѣлая никакого исключенія для держателя вещи. Въ противномъ случаѣ, многія лица, какъ-то: арендаторы, хранители, наниматели и др. не охранялись бы отъ насилія и самоуправства въ отношеніи тѣхъ вещей, которыми они обладали отъ имени другихъ лицъ. Такимъ образомъ, нашъ т. X ч. 1 и сенатская практика, основанная на немъ, ближе стоятъ къ передовому западно-европейскому законодательству, чѣмъ то можно было бы предполагать. Поэтому Проектъ гр. улож. едва ли правильно требуетъ для владѣнія еще и намѣренія обладать имуществомъ для самого себя (ст. 878).

III. Приобрѣтеніе и потеря владѣнія.

1. Согласно субъективной теоріи, для прибрѣтенія владѣнія необходимы два элемента: фактическая власть надъ вещью и намѣреніе обладать вещью, какъ своею. Напротивъ, согласно объективной теоріи, достаточно одного элемента—возникновенія фактической власти лица надъ вещью.

Въ частности, по нашему законодательству, для прибрѣтенія владѣнія достаточно возникновенія у лица фактической власти надъ вещью (см. I). Такъ какъ владѣніе есть фактическая власть надъ вещью, то субъектомъ владѣнія можетъ быть всякое лицо, даже и ограниченное въ правоспособности, а объектомъ владѣнія можетъ быть только вещь. Поэтому невозможно владѣніе правомъ **). Проектъ постановляетъ, что предметомъ владѣнія можетъ быть и движимая вещь (ст. 877). Постановление это едва ли нужно. Всякое владѣніе движимой вещью, защищаемое ею обладателемъ, неизмѣнно переходитъ въ область разсмотрѣнія права собственности на данную вещь ***). Между тѣмъ какъ сущ-

*) Сенатъ разъяснилъ, однако, что владѣніе защищается и въ томъ случаѣ, когда нѣтъ ни насилія, ни самоуправства. Напр., если квартирантъ не оставляетъ нанятаго помѣщенія (73/1258).

**) Римляне знали, однако, владѣніе правомъ (владѣніе сервитутомъ).

***) Исключеніе представляетъ собою защита построекъ, воздвигнутыхъ на чужой землѣ, которыя, однако,—движимыя вещи.

ность владѣнія заключается въ такой ея защитѣ, которая идетъ независимо отъ права собственности, основывается на одномъ фактѣ обладанія вещью. Этимъ объясняется, почему сенатъ вопреки т. X ч. 1 отрицаетъ возможность предъявлять иски о защитѣ владѣнія движимостью (75/26).

2. Владѣніе утрачивается съ потерей двухъ элементовъ владѣнія или только одного изъ нихъ, согласно субъективной теоріи, или потерей одного элемента—фактической власти надъ вещью, согласно объективной теоріи.

По нашему законодательству слѣдуетъ признать, что владѣніе прекращается съ потерей фактической власти лица надъ вещью (I. 2).

III. Виды владѣнія и юридическое значеніе владѣнія.

1. Въ томъ X ч. 1 различается владѣніе: а) законное и незаконное, б) добросовѣстное и недобросовѣстное и в) давностное владѣніе.

а. Владѣніе признается законнымъ, когда имущество приобрѣтено способами, „въ законахъ дозволенными“ (ст. 524 т. X ч. 1)*. Сенатъ къ этому прибавляетъ, что для признанія владѣнія законнымъ недостаточно одного приобрѣтенія имущества способами, въ законахъ дозволенными, но требуется, чтобы приобрѣтенное право никому другому по закону не принадлежало. Поэтому, если бы владѣніе было приобрѣтено способомъ, дозволеннымъ закономъ, но по сѣуду подлежало возвращенію законному собственнику, то такое владѣніе должно быть признано незаконнымъ (83/79, 87/34, 91/105). Далѣе, незаконнымъ владѣніемъ будетъ то, которое приобрѣтено недозволенными въ законахъ способами: подлогомъ, насиліемъ или самовольно. Поэтому нашъ законъ различаетъ владѣніе подложное, насильственное или самовольное (стт. 525—528 т. X ч. 1).

*) Способы эти суть способы приобрѣтенія права собственности (см. § 17).

б. Владѣніе признается добросовѣстнымъ, если тотъ, кто владѣетъ имуществомъ не знаетъ, что право собственности на имущество принадлежит другому (ст. 529 т. X ч. 1). При этомъ сенатъ разъясняетъ, что если владѣлецъ не сознаетъ несправости своего владѣнія или только сомнѣвается въ законности своихъ правъ, то владѣніе до предъявленія спора считается добросовѣстнымъ. Такимъ образомъ, требуется дѣйствительное знаніе владѣльцемъ несправости своего владѣнія (70/192, 69/315 и др.). Въ видѣ примѣра добросовѣстнаго владѣнія можно указать на владѣніе какимъ-либо имѣніемъ законнаго наследника, не имѣющаго свѣдѣнія о духовномъ завѣщаніи, которымъ это наследство отказано другому (ст. 529 т. X ч. 1).

в. Давностное владѣніе есть владѣніе въ видѣ собственности, превращающееся по истеченіи десяти лѣтъ въ право собственности (ст. 533 т. X ч. 1; см. пріобрѣт. давность въ § 17 III. 2. 3). Нашъ законъ различаетъ еще пожизненное владѣніе. Но пожизненное владѣніе, въ противоположность фактическому владѣнію, составляетъ пожизненное право лица, въ пользу котораго оно установлено. Поэтому пожизненное владѣніе слѣдуетъ относить къ вещнымъ правамъ на чужую вещь (сервитутамъ).

2. Юридическое значеніе владѣнія обнаруживается въ слѣдующемъ: а) въ правѣ владѣльца на самостоятельную защиту, б) въ пріобрѣтеніи путемъ владѣнія права собственности и в) въ различной ответственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ.

а. По ст. 531, владѣльческая защита дается всякому владѣльцу, хотя бы его владѣніе было и незаконное. Ближайшее разсмотрѣніе вопросовъ о защитѣ владѣнія относится къ области процессуальнаго права.

б. Владѣніе служитъ однимъ изъ самыхъ распространенныхъ средствъ первоначальнаго пріобрѣтенія права собственности (§ 17), въ частности—пріобрѣтенія собственности: 1) по давности (§ 17 III. 2. 3) и 2) владѣніемъ движимою вещью, добросовѣстно пріобрѣтенной отъ несовѣстника (§ 17 III. 2. 1).

в. Различіе въ отвѣтственности передъ собственникомъ: недобросовѣстнаго владѣльца и владѣльца добросовѣстнаго, выражается:

1) Недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить собственнику не только вещь, но и всѣ плоды (доходы), даже и тѣ, которые онъ могъ бы получить, если бы поддерживалъ хозяйство, заведенное собственникомъ. Такъ, недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ вознаградить за всѣ убытки, происшедшіе отъ необрабатыванія такихъ источниковъ дохода, разработка которыхъ была начата собственникомъ (ст. 624 т. X ч. 1). Недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ, далѣе, отвѣчать за убытки, происшедшіе отъ явной небрежности въ управленіи имуществомъ.

Напротивъ, добросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить вещь далеко не со всѣми плодами (доходами). Такъ, онъ не обязанъ возвращать доходовъ, уже полученныхъ или законно ему слѣдующихъ: по день объявленія ему установленнымъ порядкомъ объ открытіи спора противъ его владѣнія, или же, если будетъ доказано, до того времени, пока неправость его владѣнія не сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна (ст. 626 т. X ч. 1). Кромѣ того, за причиненный вредъ въ періодъ добросовѣстнаго владѣнія онъ отвѣчаетъ только въ случаѣ умышленнаго причиненія вреда, а не по небрежности (ст. 634 т. X ч. 1).

2) Недобросовѣстный владѣлецъ можетъ взять съ собою изъ имѣнія все, что имъ перенесено или перевезено туда или же вновь заведено, если только имущество не придетъ отъ этого въ разстройство или въ состояніе худшее противъ того, въ которомъ оно находилось во время завладѣнія. Въ этомъ случаѣ все заведенное или устроенное недобросовѣстнымъ владѣльцемъ остается въ пользу собственника безъ всякаго за то вознагражденія (ст. 611 и 622 т. X ч. 1).

Добросовѣстный же владѣлецъ имѣетъ право не только взять все заведенное въ имѣніи, но вмѣсто этого имѣетъ право требовать вознагражденія (ст. 628 и 622 т. X ч. 1), развѣ только заведенное добросовѣстнымъ владѣльцемъ является единственно предметомъ роскоши. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ ему предоставляется взять заведенное изъ имѣнія, если это возможно безъ вреда или ущерба для имѣнія (ст. 633 т. X ч. 1).

3) Равнымъ образомъ, недобросовѣстный владѣлецъ, въ противоположность добросовѣстному владѣльцу, обязанъ заплатить всѣ судебныя издержки владѣльца законнаго при отысканіи его имущества и за расходы при введѣ его во владѣніе этимъ имуществомъ (ст. 625 т. X ч. 1), и, если въ незаконномъ владѣніи были денежные капиталы, то за все время ихъ удержанія недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ уплатить 6 процентовъ съ капитала и 3⁰/₀ неустойки (ст. 641 т. X ч. 1).

Глава III. Вещныя права на имущественную цѣнность чужой вещи и права выкупа вещи и преимущественной покупки.

§ 20. Залоговое право.

I. Понятіе и виды залогового права.

1. *Въ отличіе отъ права собственности, залоговое право есть прежде всего право на чужую вещь и при томъ не на самую вещь, а на ея цѣнность (4).*

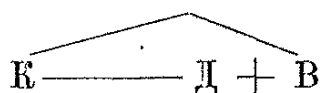
Этимъ послѣднимъ признакомъ залоговое право отличается также отъ вещныхъ правъ на самую чужую вещь въ какомъ-либо ея отношеніи.

2. *Залоговое право есть, однако, такъ же, какъ и право собственности, вещное, а не обязательственное право.*

Это положеніе неправильно оспаривается, когда указываютъ на то, что залоговое право есть лишь обезпеченіе требованія кредитора къ должнику и что, поэтому, какъ тѣсно связанное съ личностями должника и кредитора, оно имѣетъ въ виду опредѣленныхъ лицъ; есть, слѣдовательно, право относительное, обязательственное (§ 1. 1. г. и § 13). Тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ признать вещный характеръ залогового права, а не обязательственный. Кредиторъ имѣетъ право на вещь должника, въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась, и осуществляетъ это право непосредственно и независимо отъ воли должника. Власть кредитора есть, поэтому, исключительная и непосредствен-

ная власть надъ заложенною ему вещью; эта же власть—вещная, а не обязательственная. Данное положеніе не могутъ, конечно, ослабить нѣкоторыя особенности вещнаго характера залогового права (§ 21). Сенатъ признаетъ также вещный характеръ залогового права (03/120). Гораздо серьезнѣе возраженіе противъ залогового права, какъ вещнаго отношенія, при залогѣ правъ. Напр., лицо А, въ обезпеченіе своего долга лицу Б, заложило ему вексель, выданный лицомъ В. Въ этомъ случаѣ кредиторъ Б, осуществляя свое залоговое право, получаетъ удовлетвореніе только отъ опредѣленнаго лица, именно, отъ В. Слѣдовательно, здѣсь рѣчь идетъ дѣйствительно о правѣ относителномъ, обязательственномъ. Однако, возможенъ залогъ и такихъ правъ, осуществленіе которыхъ не связано съ опредѣленной личностью должника, какъ то: акцій и процентныхъ бумагъ. Въ отношеніи ихъ возможно, поэтому, залоговое право вещнаго характера (ст. 1674¹ т. X ч. 1; 89/2).

З. Т. к. залоговое право на вещь должника возникаетъ въ обезпеченіе требованія кредитора, то этимъ подчеркивается самая существенная черта юридической природы залогового права, именно, оно есть отношеніе дополнительное.



Въ этой формулѣ буква К означаетъ кредитора, Д—должника и плюсъ В—вещь должника, заложенную кредитору, прямая черта—обязательственное отношеніе и ломанная черта—вещное право кредитора, какъ дополнительное отношеніе между кредиторомъ и должникомъ даннаго обязательственнаго отношенія. Слѣдовательно, залоговое право непременно предполагаетъ для своего существованія обязательственное отношеніе, какъ отношеніе для него главное. Если почему-либо обязательственное отношеніе не возникнетъ или будетъ опорочено, то не будетъ и залогового права, обезпечивающаго данное обязательственное отношеніе. Въ этомъ характерѣ залогового права, какъ вещнаго дополнительнаго отношенія, и состоитъ вся особенность залогового права.

Наше законодательство прямо признаетъ залоговое право дополнительнымъ отношеніемъ, относя его къ обезпеченію обязательствъ (ст. 1554 т. X ч. 1). Поэтому, въ нашемъ правѣ не можетъ возникать залоговое право самостоятельно безъ обязательственнаго отношенія. Поэтому же лицо, которое даетъ вещь въ залогъ, залогодатель, всегда будетъ должникомъ, а лицо, принимающее въ залогъ вещь, залогоприниматель (залогодержатель), будетъ всегда кредиторомъ. По той же причинѣ и осуществленіе залогового права всегда предполагаетъ невыполненіе должникомъ своего обязательства.

4. Самое же осуществленіе залогового права выражается въ томъ, что кредиторъ-залогоприниматель получаетъ преимущественное удовлетвореніе изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенной вещи должника.

Такая продажа, по требованію залогопринимателя, совершается особымъ порядкомъ (Уст. гр. суд. ст. 1183 ср. 1021). Поэтому, залоговое право правильно конструировать какъ право не на самую чужую вещь въ какомъ-либо ея отношеніи, а на имущественную цѣнность ея. Впрочемъ, въ видѣ исключенія, заложенная вещь можетъ быть оставлена себѣ залогопринимателемъ, если бы такую вещь никто не купилъ. Это право кредитора-залогопринимателя, какъ право вещное, въ отличіе отъ обязательственныхъ правъ другихъ кредиторовъ, есть право преимущественнаго удовлетворенія. Это значитъ, что кредиторъ по залогу (залогоприниматель) прежде всѣхъ другихъ кредиторовъ удовлетворяется изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенной вещи.

5. Такимъ образомъ, залоговое право есть вещное обезпеченіе требованія кредитора. Въ силу этого обезпеченія кредиторъ по залогу (залогоприниматель), въ случаѣ неисполненія должникомъ по залогу (залогодателемъ) своего обязательства, имѣетъ вещное право на преимущественное удовлетвореніе своего требованія изъ реализованной продажей цѣнности имущества, обезпечивающаго это требованіе.

Слѣдовательно, нельзя назвать залоговымъ правомъ такое вещное право на цѣнность чужой вещи, которое существуетъ

самостоятельно, независимо отъ обезпеченія обязательства. Такое особое, самостоятельно возникающее вещное право на цѣнность чужой вещи есть вотчинный долгъ (Grundschild). Онъ устанавливается внесеніемъ его въ вотчинную книгу на основаніи простого соглашенія сторонъ или даже по просьбѣ одного собственника. Въ томъ и другомъ случаѣ не только не требуется наличности обезпечиваемаго требованія кредитора, но нѣтъ надобности указывать и самое правооснованіе (кавзу) для возникновенія вотчиннаго долга. Вотчинный долгъ, въ отличіе отъ залогового права, есть, слѣдовательно, самостоятельное, а не дополнительное отношеніе, и при томъ отношеніе абстрактное. Вотчинный долгъ, извѣстный общегерманскому уложенію, не извѣстенъ нашему праву. Составители Проекта отвергли также данную форму поземельнаго кредита, такъ сказать вотчинные векселя, опасаясь ея новизны (мотивы къ ст. 1041). Между тѣмъ, едва ли есть серьезныя основанія, съ введеніемъ регистраціи вещныхъ правъ, непременно связывать кредитъ съ обезпеченіемъ обязательствъ. Другой, конечно, вопросъ—абстрактность установленія вотчинныхъ долговъ; но такой абстрактности не требуется непременно для установленія вотчиннаго долга.

II. Виды залогового права.

1. Въ зависимости отъ того, заложена ли вещь или право, различаютъ по объекту: залогъ вещей и залогъ правъ. При этомъ залогъ вещей въ свою очередь раздѣляются на два вида: залогъ недвижимостей и залогъ движимостей, называемый въ нашемъ законодательствѣ ручнымъ залогомъ, или просто залогомъ.

О залогѣ правъ см. § 20. 1. 2.

2. Далѣе, различаютъ виды залогового права по лицу залогопринимателя (кредитора по залогѣ).

Такъ, особыми видами залогового права, въ зависимости отъ того, является ли залогопринимателемъ казна, кредитныя установленія и ссудныя кассы, различаютъ: 1) залоговое право по обезпеченію казенныхъ подрядовъ (ст. 38 Полож.), 2) залоговое

право кредитныхъ установленій (Государственнаго Дворянскаго Банка, городскихъ общественныхъ банковъ, городскихъ кредитныхъ обществъ и акціонерныхъ поземельныхъ банковъ) и 3) залоговое право ссудныхъ кассъ. Особенности всѣхъ этихъ видовъ залогового права выражаются въ нѣкоторыхъ привилегіяхъ кредиторовъ по залогу: казны (ст. 44—79 Полож.) и кредитныхъ установленій (Уст. кред. въ т. XI ч. 2 стт. 55, 68, 85 VI разд., стт. 140 и 149 разд. XI и ст. 1630¹ т. X ч. 1) или въ особомъ надзорѣ за правильностью осуществленія залоговыхъ правъ: ссудныхъ кассъ (ст. 1663 прим., прил. т. X ч. 1).

3. Наконецъ, различаютъ виды залогового права въ зависимости отъ того правооснованія (кавзы), въ силу котораго оно возникаетъ. Въ этомъ отношеніи различаютъ: договорный залогъ, завѣщательный залогъ, законный залогъ и принудительный залогъ. смотря по тому, возникаетъ ли залоговое право въ силу договора, завѣщанія, закона и судебного рѣшенія, или правительственнаго распоряженія.

См. § 21, I. 1.

§ 21. Возникновеніе, содержаніе и прекращеніе залогового права.

I. Возникновеніе залогового права.

1. Существеннымъ элементомъ возникновенія залогового права будетъ прежде всего наличность того или другаго правооснованія, безъ котораго оно не можетъ возникнуть. Такимъ правооснованіемъ, по нашему праву, служитъ договоръ.

Что же касается завѣщанія, то наше законодательство нигдѣ прямо не говоритъ, что залоговое право можетъ возникнуть въ силу завѣщанія. Тѣмъ не менѣе, завѣщательный залогъ можетъ быть оправданъ нашимъ законодательствомъ. Въ силу примѣчанія къ ст. 1011 т. X ч. 1, завѣщатель можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ свободно и неограниченно. Онъ „имѣетъ также право силой завѣщанія обязать избраннаго имъ наследника на время жизни его къ исполненію нѣкоторыхъ по имуществу

распоряженій, каковы, напр., денежные выдачи (ст. 1086) и т. п.“. Такимъ образомъ, завѣщаніе о денежныхъ выдачахъ можетъ повести къ установленію залогового права. Поэтому и сенатъ допускаетъ возможность обезпечивать указанными въ законѣ способами денежные выдачи по завѣщанію (08/83). См. также Нот. пол. ст. 159 п. 1 и 2. Вообще же вопросъ о завѣщаніи, какъ основаніи возникновенія залогового права, остается открытымъ. Проектъ вводитъ завѣщательный залогъ (ст. 1046 и мотивы къ ней).—Далѣе, наше гражданское право не знаетъ закона, какъ основанія возникновенія залогового права. Поэтому представляется большимъ исключеніемъ признаніе у насъ законнаго залога при продажѣ въ розницу съ разсрочкой платежа машинъ, орудій, инструментовъ и вообще движимаго имущества, составляющихъ предметъ домашней обстановки либо оборудованія сельскаго хозяйства (кромѣ живого инвентаря), мастерства или промысла (ст. 1509¹ и ст. 1509³ т. х ч. 1). Законный залогъ былъ извѣстенъ римскому праву, но современное право относится къ нему отрицательно, такъ какъ онъ колеблетъ твердость гражданского оборота.—Что же касается, наконецъ, принудительнаго залога, то онъ возникаетъ въ силу судебного рѣшенія или правительственнаго распоряженія. Именно, залогъ устанавливается по односторонней волѣ частнаго лица, денежное требованіе котораго присуждено судомъ и подлежитъ исполненію, или по волѣ правительственнаго учрежденія, если денежное требованіе обращено имъ ко взысканію. Такой залогъ, совершенно чуждый нашему законодательству, предположенъ ко введенію нашимъ Проектомъ (ст. 1050, 1051 и мотивы къ ст. 1041). Однако, принудительный залогъ, по крайней мѣрѣ для частныхъ взысканій, едва ли слѣдуетъ вводить въ русскую жизнь*). Нашъ проектъ къ тому же не опредѣляетъ минимума взысканія для установленія принудительнаго залога и этимъ открываетъ широкій просторъ для обремененія недвижимостей мелкими залоговыми правами.

*) Противъ принудительнаго залога, существующаго въ Германіи, Дербургъ и Гирке (болѣе подробно Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908 г. № 41).

2. Второй существенный элементъ возникновенія залогового права—соблюденіе надлежащей формы залога.

Такая форма въ нашемъ законодательствѣ закладная крѣпость для недвижимостей (стт. 1642 и 1643 т. X ч. 1, п. 1 ст. 159 п. ст. 78 Пол. нот.). При этомъ вещное право залогопринимателя возникаетъ съ момента отмѣтки въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ объ утвержденіи закладной (93/36). Формы же залога движимости: 1) закладная на движимое имущество, если актъ о закладѣ составленъ порядкомъ нотаріальнымъ (ст. 1668 т. X ч. 1) и 2) домовое заемное письмо съ закладомъ движимаго имущества, если актъ о закладѣ составленъ домашнимъ порядкомъ (ст. 1672 т. X ч. 1). При этомъ, при закладѣ, т. е. залогѣ движимости, нашъ законъ требуетъ описи закладываемыхъ вещей за печатями сторонъ, въ двухъ экземплярахъ, изъ которыхъ одинъ экземпляръ отдается кредитору, а другой оставляется должнику (ст. 1671). Самая опись составляется при свидѣтеляхъ, которые также прикладываютъ къ ней свои печати (ст. 1670); причемъ опись можетъ быть включена и въ самую закладную (75/94). Вмѣстѣ съ тѣмъ законодатель требуетъ передачи заложенныхъ вещей залогопринимателю (ст. 1671). Передача играетъ здѣсь роль весьма существенную. Хотя залоговое право возникаетъ и безъ таковой передачи, однако въ этомъ случаѣ кредиторъ по залогу не можетъ пользоваться предпочтительнымъ удовлетвореніемъ изъ заложенного имущества передъ другими кредиторами, претензіи которыхъ не обезпечены залогомъ, въ частности при несостоятельности должника (75/321, 76/462, 78/117). Равнымъ образомъ, если принятыя въ закладъ вещи не были опечатаны и были оставлены у должника, а затѣмъ перешли къ третьему лицу до предъявленія закладной ко взысканію, то онѣ не могутъ поступить на удовлетвореніе кредитора по закладной (75/321, 658, 973). Слѣдовательно, передача подчеркиваетъ вещный моментъ залогового права. Иными словами, залогъ движимостей, какъ вещное право, обезпеченъ у насъ въ формѣ ручного залога, т. е. съ предоставленіемъ владѣнія вещью залогопринимателю либо третьему лицу. Въ современной литературѣ выдвинутъ, однако, вопросъ о возможности залога движимости, какъ вещнаго

права, безъ передачи, путемъ записи въ ипотечныя книги, т. е. такимъ же путемъ, какимъ устанавливается залогъ недвижимости. Дѣло въ томъ, что передача вещи представляется иногда для должника совершенно нецѣлесообразною. Наприм., если какое-либо предпріятіе закладывается съ той цѣлью, чтобы получить опредѣленную сумму денегъ для поддержки этого предпріятія, то, очевидно, передача предпріятія кредитору по залогу дѣлаетъ безсмысленнымъ и самый заемъ. Сюда же слѣдуетъ подвести и всѣ случаи заклада машинъ, домашней обстановки и т. п. Равнымъ образомъ, невозможна и передача построекъ, возведенныхъ на чужой землѣ, т. к. въ этомъ случаѣ закладъ ихъ былъ бы также нецѣлесообразенъ. Нѣкоторые законодательства допускаютъ, поэтому, въ особыхъ случаяхъ залогъ движимости путемъ записи. Тѣмъ не менѣе, наше законодательство, по общему правилу, не знаетъ залога движимости безъ передачи. Исключеніе сдѣлано сенатомъ для построекъ, возведенныхъ на чужой землѣ (01/6), и закономъ въ ст. 8-ой Уст. Гос. Банка. Послѣднему „предоставляется оставлять въ пользованіе или на храненіе заемщикамъ принимаемыя отъ нихъ, въ обезпеченіе обязательствъ, движимыя имущества съ тѣмъ, чтобы означеннымъ имуществамъ была составляема опись въ присутствіи не менѣе трехъ свидѣтелей и чиновъ мѣстной полиціи, и чтобы на оныя были налагаемы видимые знаки пріема ихъ въ закладъ (печати, пломбы, клейма и т. п.), если сіе по роду имущества окажется возможнымъ. При неналоженіи на имущество такихъ знаковъ, заладное право банка на это имущество не имѣетъ силы по отношенію къ третьимъ лицамъ, вступившимъ въ сдѣлку съ заемщикомъ банка“. При этомъ сенатъ разъяснилъ, что третьи лица, вступившія въ сдѣлки съ заемщикомъ банка, не зная о состоявшемся закладѣ, не могутъ, тѣмъ не менѣе, нарушить залогового права банка, хотя бы знаки на заложенныхъ вещахъ и были уничтожены (07/99). Такимъ образомъ, интересъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей приносится здѣсь въ жертву интересамъ банка. Было бы, поэтому, гораздо правильнѣе, если бы закладъ опредѣленныхъ въ самомъ законѣ движимыхъ имуществъ вносился въ особый реестръ, какъ это дѣлается для залога недвижимости. Проектъ гражданского

уложенія напрасно не затронулъ, поэтому, столь важнаго вопроса, какъ залогъ движимостей безъ передачи *).

3. Третій существенный моментъ есть наличность особой правоспособности у залогодателя и залогопринимателя для установленія залогового права.

1) Залогодателемъ можетъ быть только собственникъ, точнѣе—тотъ, кто имѣетъ право отчуждать имущество продажей (ст. 1627 т. X ч. 1). Исключеніе изъ этого правила дѣлается для пожизненнаго пользователя. Онъ можетъ заложить благопріобрѣтенное имѣніе, если это право предоставлено ему духовнымъ завѣщаніемъ и если испрошено на залогъ дозволеніе Правительствующаго Сената (п. 2 ст. 1629). Напротивъ, составляетъ лишь видимое исключеніе залогъ чужого имущества по надлежащему къ тому законному уполномочію (п. 1 ст. 1629 т. X ч. 1 и ст. 69 Полож. о каз. подряд.), такъ какъ въ этомъ случаѣ залогодателемъ остается собственникъ. 2) Равнымъ образомъ и залогопринимателемъ можетъ быть лишь тотъ, кто имѣетъ право по своему состоянію пріобрѣсти закладываемую вещь въ собственность (ст. 1628 т. X ч. 1; см. § 3. II. 2).—Требованіе особой правоспособности субъектовъ залогового права объясняется тѣмъ, что залогъ можетъ повести къ пріобрѣтенію права собственности. Кромѣ того, есть и другая причина даннаго явленія: историческая связь русскаго залогового права съ куплей-продажей, ибо оба они были сдѣлками отчужденія. Впрочемъ, связь эта касается только недвижимостей. Что же касается движимыхъ имуществъ, то залогопринимателемъ можетъ быть всякій, кто въ правѣ отдавать въ займы деньги (ст. 1665 т. X ч. 1). Поэтому, наприм., церкви не въ правѣ раздавать своихъ капиталовъ подъ заклады (та же ст.), т. к. онѣ лишь могутъ отсылать свои капиталы для приращенія процентовъ въ кредитныя установленія (ст. 44 т. IX). Само собою разумѣется, что субъекты залогового права должны обладать общей дѣеспособностью.

*) Болѣе подробно Гойхбаргъ. Залогъ движимостей (Право 1911 г. №№ 27, 25 и 26).

4. Наконецъ, послѣднимъ существеннымъ моментомъ для возникновенія залогового права будетъ наличность объекта, способнаго быть предметомъ залогового права.

1) При этомъ, вслѣдствіе вышеуказанной связи залога съ продажей, въ видѣ общаго правила постановляется, что закладывать можно только тѣ вещи, которыя могутъ быть проданы (ст. 1627). Поэтому же и права могутъ быть закладываемы лишь въ томъ случаѣ, если они могутъ продаваться въ гражданскомъ оборотѣ, какъ то: акціи и процентныя бумаги (ст. 1674¹). 2) Въ силу той же связи залога съ куплей-продажей, законъ требуетъ, чтобы закладываемое имущество было свободнымъ. Поэтому не можетъ быть предметомъ залога имущество, состоящее подъ запрещеніемъ, или уже заложенное (ст. 1630). Лишь въ видѣ исключенія дозволяется залогъ недвижимостей, заложенныхъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ и въ тѣхъ частныхъ банковыхъ обществахъ, въ коихъ это разрѣшено уставами. Так. обр., по нашему праву, за вышеупомянутымъ исключеніемъ, невозможенъ залогъ во вторыя и третьи руки. Однако, практика наша обходитъ данное постановленіе закона и, вслѣдствіе этого, допускаетъ дальнѣйшій залогъ вещей, заложенныхъ и частнымъ лицамъ (89/88, 93/14). Въ этомъ случаѣ практика основывается на ст. 1215 Уст. гр. суд., въ которой дѣйствительно говорится о старшинствѣ закладныхъ. 3) Въ виду той же связи залога съ продажей разрѣшается залогъ имуществъ, состоящихъ въ спорѣ, съ напоминаніемъ „въ отношеніи къ очисткамъ, какъ и при купчихъ. Посему, если по спору имѣніе будетъ отчуждено, то вслѣдствіе таковыхъ очистокъ, залогъ на оное уничтожается, а займодавцу предоставляется требовать у должника или другого залога, или возвращенія займа съ понесенными убытками“ (ст. 1631). 4) Въ частности слѣдуетъ замѣтить, что недвижимое имущество, состоящее въ общемъ владѣніи, не можетъ быть отдано въ залогъ иначе, какъ по согласію всѣхъ участвующихъ въ немъ владѣльцевъ (ст. 1632), но каждый изъ участниковъ можетъ заложить свою часть (ст. 555). Нераздробляемыя имущества, какъ напр., дворы, заводы, фабрики, мануфактуры и лавки, не могутъ быть отдаваемы въ залогъ по частямъ (ст. 1633).

5) Наконецъ, имѣется положительное запрещеніе заклада вещей, какъ то: посуды, платья и т. п., совершаемаго съ цѣлью покупки крѣпкихъ напитковъ въ питейныхъ домахъ, а 6) равнымъ образомъ, запрещенъ также залогъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ имуществъ (ст. 1641; см. § 14. 2. б. стр. 70).—Отъ условій, необходимыхъ для залога съ точки зрѣнія предмета залога, слѣдуетъ отличать единство или недѣлимость залога. Подъ этимъ разумѣется право залогопринимателя на всю заложенную вещь, хотя бы лишь оставалась незначительная часть долга, въ обезпеченіе котораго былъ сдѣланъ залогъ. Иными словами, предметъ залога не можетъ быть уменьшаемъ при погашеніи долга частями (принципъ недѣлимости залога).

II. Содержаніе залогового права.

1. Вещная власть залогопринимателя выражается въ его правѣ требовать продажи заложенного имущества, въ чьихъ бы рукахъ это имущество ни находилось, въ цѣляхъ преимущественнаго удовлетворенія своего долга изъ суммы, вырученной отъ продажи этого имущества.

Въ цѣляхъ возможности осуществленія вещнаго права, принадлежащаго залогопринимателю, законъ ограничиваетъ залогодателя въ распоряженіи недвижимостью, налагая запрещеніе на заложенное имѣніе (ст. 1647; ср. п. 2 ст. 1630 и 1630¹; см. выше I. 4). Равнымъ образомъ, залогодатель еще болѣе ограничивается въ отношеніи движимой вещи. Онъ теряетъ право владѣнія и пользованія заложенной движимой вещью, т. к. она передается или залогопринимателю, или третьему лицу (ст. 1671; см. I. 1). Однако, слѣдуетъ подчеркнуть, что, несмотря на сказанное, въ другихъ отношеніяхъ наше законодательство слабо защищаетъ вещное право залогопринимателя. Залогодатель легко можетъ понизить цѣнность заложенной движимой вещи. 1) Такъ, наприм., пользуясь недвижимымъ имуществомъ, залогодатель легко можетъ обезцѣнить имѣніе рубкой лѣса или разрушеніемъ и отчужденіемъ принадлежностей имѣнія, какъ, равнымъ образомъ, и другими аналогичными договорами. Лишь со времени полученія повѣстки объ исполненіи взысканія

залогоприниматели залогодателю воспрещается обезцѣпывать имѣніе (ст. 1097 и 1100 Уст. гр. суд.). 2) Отсутствие постановленій нашего законодательства въ области охраны цѣнности заложенного имущества тѣмъ болѣе замѣтно, что залогоприниматель покрываетъ свой долгъ только изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенного недвижимого имущества. Если бы, поэтому, вырученная сумма оказалась ниже долга, то залогоприниматель лишенъ возможности взыскать недовырученную сумму съ какого-либо другого имущества своего должника-залогодателя (77/59). Так. обр., наше законодательство не знаетъ принципа личной отвѣтственности должника по залогу*). Явленіе это едва ли желательно и для должника, т. е. залогоприниматели даютъ подъ залогъ меньшую сумму и так. обр. лишаютъ залогодателя возможности имѣть большій кредитъ. Кромѣ того, отсутствие личной отвѣтственности должника по залогу ставить залогоприниматели въ худшее положеніе по сравненію съ прочими кредиторами. Сенатская практика дѣлаетъ исключеніе лишь для заложенной движимости (89/2, 03/98): возможно довзысканіе.--- Нашъ Проектъ гражданскаго уложенія предоставляет залогопринимателю право просить судъ о воспрещеніи собственнику разорительныхъ для заложенного имѣнія дѣйствій и так. обр. дѣлаетъ невозможнымъ пониженіе цѣнности имѣнія (ст. 1079; ср. 1080).

2. Власть залогопринимателя выражается также въ возможности передать свое залоговое право третьему лицу, не испрашивая согласія залогодателя.

Наше законодательство и въ этомъ отношеніи является несовершеннымъ. Оно прямо запрещаетъ передачу (по надписямъ) закладныхъ какъ на недвижимыя имущества (ст. 1553), такъ и на движимыя (ст. 1678). Правда, сенатъ, принимая во вниманіе, что запрещеніе передачи закладныхъ по надписямъ имѣетъ въ виду интересъ залогодателя, разрѣшаетъ, съ согласія послѣдняго, передачу закладныхъ по особому

*) Въ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ, сохранившихъ свое дѣйствіе тамъ, гдѣ не введены судебные уставы, возможно довзысканіе долга (ст. 315 Пол. о взыск. гражд. т. XVI ч. 2; ср., однако, ст. 407 Уст. суд. торг. т. XI ч. 2).

акту (98/20, ср. 73/1668). Такое толкованіе сената не вводитъ, однако, принципа передаваемости закладныхъ въ строгомъ смыслѣ этого слова, разъ требуется согласіе залогодателя. Между тѣмъ, сенатъ требуетъ согласія залогодателя даже для передачи третьему лицу исполнительнаго листа на взысканіе по закладной крѣпости (08/82). Данное направленіе въ сенатской практикѣ нѣсколько ослабляется тѣмъ, что предоставленное залогопринимателю со стороны залогодателя право передать закладную крѣпость другому лицу даетъ право и всѣмъ последующимъ залогопринимателямъ передавать отъ себя закладную, не испрашивая на то согласія залогодателя (Рѣш. Гр. Касс. Деп. 30 сент. 1909 г. по д. Хлюстина).

3. Далѣе, залогоприниматель имѣетъ право временнаго пользованія имѣніемъ, описаннымъ вслѣдствіе взысканія, предъявленнаго по закладной.

Это право залогопринимателя пользоваться доходами имѣнія предусмотрено ст. 1129 Уст. гр. суд., причемъ эти доходы заимѣняютъ проценты. Данное право залогопринимателя есть право вещное, т. к. онъ имѣетъ здѣсь самостоятельное право, независимое отъ воли собственника (93/76).

4. Наконецъ, вещное право залогопринимателя выражается въ томъ, что залогоприниматель, въ случаѣ несостоявшагося торга, имѣетъ право удержатъ имѣніе за собою въ той суммѣ, съ которой начался торгъ (ст. 1171 Уст. Гр. Суд.; ср. ст. 1347 т. X ч. 1).

Сенатъ разъяснилъ, что залогоприниматель имѣетъ право удержатъ имущество и въ случаѣ несостоявшагося торга на движимость (07/42). Укрѣпленіе недвижимости, удержанной на торгахъ, не обжалованное въ частномъ порядкѣ въ установленный срокъ, ведетъ къ безповоротности приобрѣтенія права собственности, хотя бы оно состоялось вслѣдствіе недобросовѣстныхъ дѣйствій кредитора, удержавшаго имѣніе за собою (09/33).—Что же касается залогопринимателей при множественности кредиторовъ по залому, то они имѣютъ право въ порядкѣ старшинства получать удовлетвореніе

изъ той суммы, которая превышаетъ долгъ залогопринимателя, обратившаго взысканіе по закладной. Если, однако, старшій залогоприниматель желаетъ оставить за собой имѣніе послѣ перваго несостоявшагося торга, то послѣдующій залогоприниматель имѣетъ право просить о назначеніи вторыхъ торговъ (90/72). Сравнительно недавно состоялось разъясненіе сената, по которому предоставляется право удержанія любому изъ послѣдующихъ залогопринимателей при условіи, если онъ предложитъ полный расчетъ по старшимъ закладнымъ (06/51). Въ силу этого важнаго разъясненія сената каждый изъ послѣдующихъ залогопринимателей имѣетъ право на удержаніе заложеннаго имущества при множественности закладныхъ.

III. Прекращеніе залогового права.

1. Залоговое право можетъ прекратиться гибелью заложенной вещи или изъятіемъ ея изъ гражданскаго оборота.

Обыкновеннымъ же способомъ прекращенія залогового права будутъ уплата долга должникомъ, или взысканіе долга путемъ продажи залога, сліяніе и др.

§ 22. Вещныя (реальные) повинности.

1. Вещная повинность есть обязанность, которую несетъ всякій собственникъ недвижимости, обремененной повинностью, въ пользу какого-либо лица или даже собственника другой недвижимости.

Въ виду того, что вещная повинность въ сущности есть обязательство, въ наукѣ спорно, слѣдуетъ ли относить эту повинность къ вещнымъ правамъ. Разнообразіе содержащихся въ современныхъ законодательствахъ постановленій о вещныхъ повинностяхъ усиливаетъ спорность даннаго вопроса и препятствуетъ созданію общей теоріи вещныхъ повинностей. Тѣмъ не менѣе, ихъ слѣдуетъ отнести къ вещнымъ правамъ, т. к. хотя содержаніе повинностей и состоитъ въ обязательствѣ собственника недвижимости, однако это обязательство связано не съ определеннымъ лицомъ, какъ въ обязательственныхъ правахъ, а со

всякимъ лицомъ, кто бы ни былъ собственникомъ недвижимости. Этимъ объясняется, почему законодательства содержатъ постановленія о вещныхъ повинностяхъ въ отдѣлѣ о вещныхъ правахъ. Вещныя повинности близко подходятъ къ реальнымъ сервитутамъ, отъ которыхъ онѣ, однако, отличаются тѣмъ, что собственникъ недвижимости, обремененной сервитутомъ, обязанъ лишь терпѣть дѣйствіе лица, имѣющаго право на сервитутъ, а не обязанъ что-либо дѣлать въ его пользу.

2. Такъ какъ вещныя повинности лишь обременяютъ вещь (недвижимость), то, вслѣдствіе этого, ихъ можно относить къ тѣмъ вещнымъ правамъ, которыя направлены не на самую вещь, а на обезпеченіе цѣлностью ея исполненія повинности.

Въ этомъ отношеніи вещныя повинности, въ особенности выдачи (см. 3), примыкаютъ къ залоговому праву и находятъ свое мѣсто въ третьей главѣ даннаго изложенія. Самое названіе: вещныя повинности, конечно, не точно, т. е. повинности несетъ не сама вещь, а всякій собственникъ данной вещи.

3. Разнообразное а) содержаніе вещныхъ повинностей, какъ и сами повинности б) не разработаны въ нашемъ правѣ.

а) Вещныя повинности могутъ состоять: 1) въ обязательствахъ собственника недвижимости производить опредѣленные выдачи, денежныя или натурой, напр., зерномъ, дровами и т. п. и 2) въ другихъ дѣйствіяхъ (спорно), напр., поддерживать и расчищать канаву, необходимую для дѣйствія чужой мельницы или орошенія чужихъ полей и т. п. *).

б) Наше законодательство прямо не предусматриваетъ вещныхъ повинностей (ср., однако, ст. 159 п. 2 Пол. о нот.). Тѣмъ не менѣе, сдѣлки о вещныхъ повинностяхъ нерѣдко вносятся у насъ въ реестры крѣпостныхъ дѣлъ. Такъ обр., нашъ гражданскій оборотъ знаетъ вещныя повинности. Это косвенно признается и

*) Въ частности, Проектъ излагаетъ этого рода повинности вмѣстѣ съ сервитутами (мотивы къ ст. 1029), чего, конечно, не слѣдуетъ дѣлать (см. 1, конецъ).

сенатомъ, который запрещаетъ лишь обременять имѣніе обязательствомъ производства повременныхъ платежей на вѣчныя времена въ пользу богоугодныхъ и благотворительныхъ заведеній и вообще на предметы общественной пользы (91/112). Это запрещеніе, едва ли цѣлесообразное само по себѣ, показываетъ намъ, что сенатъ въ принципѣ допускаетъ существованіе у насъ вещныхъ повинностей. Русская жизнь знаетъ также вещныя повинности и въ видѣ обязанности всякаго владѣльца имѣнія ремонтировать, наприм., церковь, школу, плотину и т. д.

4. Наиболее частый случай установленія вещныхъ повинностей есть а) возникновеніе по договору или завѣщанію срочной, въ частности пожизненной, ренты, уплата которой возлагается на собственника имѣнія. б) Особый случай прекращенія вещныхъ повинностей есть выкупъ ихъ.

а) Наше законодательство прямо не предусматриваетъ договора о рентѣ. Тѣмъ не менѣе, оно знаетъ частный случай установленія ея по договору при раздѣлѣ наслѣдства (ст. 1328 т. X ч. 1). Рента въ видѣ срочныхъ денежныхъ выдачъ, возложенныхъ по завѣщанію на наслѣдниковъ, должна быть также допущена въ нашемъ правѣ, т. е. едва ли правильно отрицать возможность обезпеченія денежныхъ выдачъ (ст. 1086) унаслѣдованною недвижимостью. Въ этомъ случаѣ денежные выдачи, будучи завѣщательнымъ отказомъ (см. наслѣдственное право), пріобрѣтаютъ, однако, характеръ вещной повинности.

б) Прекращеніе вещной повинности выкупомъ, не извѣстное нашему праву, предусмотрено Проектомъ (стт. 1037 и 1038). Обыкновенно же вещныя повинности прекращаются или смертью лица, въ пользу котораго онѣ установлены, или прекращеніемъ существованія юридическаго лица.

Въ частности слѣдуетъ замѣтить, что Проектъ гр. улож., вслѣдъ за германскимъ уложеніемъ, подробно регулируя вещныя повинности, едва ли точно называетъ ихъ вотчинными выдачами (ст. 1029—1039 *).

*) Капиталъ—движимость, но онъ м. б. также обремененъ денежными выдачами въ видѣ процентовъ.

§ 23. Право выкупа и преимущественной покупки.

1. Право выкупа.

Вещное право на цѣнность вещи можетъ косвенно повести къ приобрѣтенію вещи, но существуютъ и такія права, которыя прямо направлены на принудительную продажу чужой вещи субъекту вещнаго права (право выкупа, I) или на его право преимущественной покупки запродажной вещи (II).

1. Подъ именемъ права выкупа, какъ а) вещнаго права, разумѣется выкупъ б) родственниками в) родовыхъ имуществъ, г) отчужденныхъ чужеродцамъ.

а. Вещный характеръ права выкупа обнаруживается въ томъ, что, въ чьихъ бы рукахъ у чужеродцевъ отчужденное родовое имущество ни находилось, оно можетъ быть выкуплено. Поэтому право выкупа непосредственно связано съ вещью, а не съ лицомъ.

б. Право выкупа принадлежитъ не всѣмъ кровнымъ родственникамъ, а тѣмъ, „которые продавцу имѣнія суть ближайшіе наслѣдники“ (ст. 1355). При этомъ дѣти и, по смерти неотдѣленныхъ дѣтей, внуки не имѣютъ права выкупа при жизни продавца (ст. 1356). Если ближайшіе родственники, имѣющіе право выкупа, не хотятъ имъ воспользоваться, то они могутъ передать свое право дальнимъ родственникамъ черезъ письменное дозволеніе на выкупъ (ст. 1357). Этого письменнаго дозволенія, называемаго также позволительнымъ письмомъ, не требуется въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ родственниковъ, равно близкій къ продавцу, пожелаетъ выкупить все имѣніе (ст. 1359). Остается, однако, открытымъ вопросъ, нужно ли въ боковой линіи сестрѣ при родныхъ братьяхъ, въ случаѣ ихъ нежеланія выкупить родовое имущество, получить отъ нихъ позволительное письмо, или она въ правѣ выкупить имѣніе безъ этого письма. Дѣло въ томъ, что сестра при братьяхъ въ боковой линіи не наслѣдуетъ. Она не есть, поэтому, при братьяхъ, ближайшая наслѣдница, почему и нуждается въ позволительномъ письмѣ. Это съ одной стороны. Но съ другой, какъ сестра своихъ братьевъ, она есть равно близкая къ продавцу, почему не нуждается въ

позволительномъ письмѣ. Так. обр., имѣется противорѣчіе въ нашихъ законахъ. Правильнѣе истолковать его въ пользу сестры въ томъ смыслѣ, что ей, какъ равно близкой съ братьями къ продавцу, не нужно получать отъ нихъ позволительнаго письма. Въ противномъ случаѣ легко притти къ тому, что родная сестра есть дальняя родственница своихъ братьевъ и что смыслъ института выкупа родовыхъ имуществъ состоитъ какъ разъ въ томъ, чтобы затруднить этотъ выкупъ для лицъ, равно близкихъ къ наследодателю-продавцу.

в. Родовымъ имуществомъ, подлежащимъ выкупу, можетъ быть только имущество недвижимое (§ 14. 2. б).

г. Однако, не могутъ быть выкупаемы недвижимости благопріобрѣтенныя (ст. 1351). Но и не всѣ родовыя имущества подлежатъ также выкупу. 1) Не подлежатъ выкупу: родовое имущество, когда оно перешло продажею въ тотъ же родъ, хотя бы пріобрѣтатель его происходилъ отъ общаго родоначальника по женскому колѣну и носилъ другую фамилію; или когда родовое имущество будетъ добровольно возвращено продавцу или наследникамъ его со стороны покупателя или его наследниковъ, или, наконецъ, когда родовое имущество будетъ продано съ публичнаго торга, какъ равно за неуспѣшностью этого торга останется за частными кредиторами или казною (ст. 1347). Въ частности, слѣдуетъ еще замѣтить, что родовое имущество, перешедшее въ чужой родъ, а потомъ снова возвратившееся въ свой родъ покупкою, дѣлается благопріобрѣтеннымъ и, какъ таковое, при вторичной продажѣ въ чужой родъ, не можетъ подлежать выкупу (ст. 1348). 2) Не подлежатъ, наконецъ, выкупу всѣ родовыя имущества въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 1354). О сенатской практикѣ см. выше (§ 14. 2. б).

2. Право выкупа родовыхъ имуществъ возможно, однако, при соблюденіи условій о срокѣ выкупа и цѣнѣ выкупа.

Срокъ выкупа ограничивается тремя годами со времени совершенія (утвержденія) купчей крѣпости (ст. 1363), причемъ приостановка теченія исковой давности на время малолѣтства истца не имѣетъ здѣсь мѣста (см. § 11. 2. б. 1).—Цѣна же выкупа опредѣляется цѣною проданнаго имѣнія, означенной въ послѣднемъ крѣпостномъ актѣ, издержками, употребленными покупщи-

комъ на поддержаніе и улучшеніе имѣнія, по оцѣнкѣ, и крѣпостными пошлинами (ст. 1367—1369). Къ тому же выкупщикъ, сверхъ возвращенія пошлинъ покупщику, уплаченныхъ послѣднимъ въ свое время за совершеніе акта, несетъ расходы и по уплатѣ крѣпостныхъ пошлинъ въ казну (ст. 1371). Лишь при выкупѣ потомственными дворянами родовыхъ земельныхъ имуществъ крѣпостныя пошлины не взимаются въ пользу казны (прим. къ той же ст.).

II. Вещное право преимущественной покупки.

1. Вещное право преимущественной покупки можетъ быть установлено въ пользу опредѣленнаго лица или всякаго собственника опредѣленнаго недвижимаго имущества.

Т. е. это право осуществляется правомочнымъ лицомъ независимо отъ воли хозяина-продавца и какого-либо покупателя, то оно будетъ, поэтому, вещнымъ правомъ. Allgemeines deutsches Recht довольно подробно регулируетъ этотъ видъ вещныхъ правъ (§§ 1094—1101).

2. Однако, наше законодательство не предусматриваетъ вещнаго права преимущественной покупки.

Впрочемъ, нѣтъ основанія не допускать у насъ существованія этого права, т. е. въ этомъ случаѣ едва ли будетъ нарушена ст. 1528, требующая, чтобы цѣль договора была „не противна законамъ, благочинію и общественному порядку“. Тѣмъ болѣе, что и наша практика признаетъ за участниками общей собственности право преимущественной покупки той доли, которую пожелалъ бы продать кому-либо на сторону одинъ изъ соучастниковъ (§ 18. II. 2. д).

Глава IV. Вещныя права пользованія чужою вещью.

§ 24. Общее понятіе о вещныхъ правахъ пользованія чужою вещью и, въ частности, сервитуты.

И. Общее понятіе.

1. Вещное право пользованія чужою вещью слѣдуетъ строго отличать отъ а) вышеизложенныхъ вещныхъ правъ и б) отъ обязательственныхъ правъ пользованія вещью.

а. Право собственности есть вещное право на свою вещь, тогда какъ вещныя права пользованія направлены на чужую вещь. Далѣе, вещныя права на цѣнность вещи, какъ равно права выкупа и преимущественной покупки, не имѣютъ въ виду пользованія чужою вещью. Слѣдовательно, хотя они и направлены на чужую вещь, но по содержанію они совершенно различны отъ вещныхъ правъ пользованія чужою вещью. Так. обр., эти послѣднія права какъ бы занимаютъ среднее мѣсто между правомъ собственности и вышеизложенными вещными правами на чужую вещь.

б. Обязательственные права пользованія вещью, какъ напр., наемъ квартиры, всегда имѣютъ въ виду опредѣленное лицо, хозяина вещи, отъ котораго и зависитъ осуществленіе права пользованія. Напротивъ, вещныя права пользованія чужою вещью не зависятъ отъ хозяина вещи и непосредственно направлены на самую вещь, кто-бы ни былъ хозяиномъ ея. Так. обр., вещныя права пользованія чужою вещью, какъ не зависящія отъ ея собственника, имѣютъ большую прочность въ гражданскомъ оборотѣ, чѣмъ права обязательственныя, направленные на пользованіе вещью.

2. Вещныя права пользованія чужою вещью могутъ быть большими и меньшими, въ соответствіи съ чѣмъ и существуютъ различныя ихъ виды.

Меньшее пользованіе чужою вещью даютъ сервитуты, большее—право застройки и чиншевое право (§ 25).

II. Сервитуты.

1. Сервитутами называются вещныя права а) пользования чужою вещью б) въ какомъ-либо одномъ или нѣсколькихъ опредѣленныхъ отношеніяхъ, но не во всей совокупности отношеній.

а. Вещное право пользования чужою вещью можетъ выражаться двояко: положительно и отрицательно. Положительное пользованіе предполагаетъ прямое воздѣйствіе субъекта сервитута на чужую вещь, отрицательное же состоитъ въ такомъ пользованіи чужою вещью, которое запрещаетъ собственнику пользоваться вещью и вообще что-либо дѣлать съ нею*). Соотвѣтственно этому различаютъ сервитуты: положительные и отрицательные. Тѣ и другіе предполагаютъ пассивность собственника вещи, его бездѣйствіе; но при положительныхъ сервитутахъ къ этому бездѣйствію еще присоединяются положительные дѣйствія субъекта сервитута, которыя собственникъ обязанъ терпѣть. Бездѣйствіе, или пассивность собственника составляетъ самую существенную черту сервитутнаго права. Если собственникъ обязанъ что-либо дѣлать, то въ этомъ случаѣ нѣтъ сервитута, а будутъ вещныя повинности (см. § 21. 1) или даже ограниченія права собственности (§ 16. III. 2).

б. По своему объему сервитутное право есть прежде всего пользованіе чужою вещью, слѣдовательно, собственникъ не можетъ имѣть сервитутнаго права на свою вещь. Оно есть, далѣе, право пользования въ одномъ или нѣсколькихъ отношеніяхъ, т. е. ограниченное право пользования вещью. Это, между прочимъ, даетъ нѣкоторымъ ученымъ поводъ утверждать, что сервитутное право направлено не на самую вещь, а на то или другое качество ея. Оно есть, наконецъ, опредѣленное право пользования чужою вещью, которое, будучи установлено при своемъ возникновеніи, не можетъ потомъ произвольно измѣняться въ худшую или лучшую сторону при своемъ осуществленіи.

*) Напр., не застрѣивать вида сосѣду.

2. Терминъ сервитутъ неизвѣстенъ нашимъ гражданскимъ законамъ. Сервитутъ называется въ нихъ „правомъ владѣнія и пользованія, отдѣльнымъ отъ права собственности“ (ст. 514) и „правомъ угодій въ чужихъ имуществѣхъ“ (ст. 452 и сл.).

Терминъ сервитутъ употребляется, однако, въ Полож. о нот. части (ст. 159 п. 2). Къ тому же и вещный характеръ сервитутовъ прямо признается въ нашемъ правѣ: 1) сервитуты возникаютъ въ крѣпостномъ порядкѣ (та же ст.), и 2) собственникъ, передавъ право собственности другому лицу, не стѣсняетъ тѣмъ самымъ сервитутнаго права (ст. 521 т. X ч. 1). Невыработанность термина и вообще неразработанность сервитутнаго права въ нашемъ законодательствѣ указываетъ на отрицательное отношеніе послѣдняго къ сервитутамъ.

3. Принципъ отрицательнаго отношенія русскаго законодательства къ сервитутамъ, какъ обремененіямъ собственности, не имѣетъ за собою достаточныхъ основаній.

Экономическое значеніе сервитутовъ чрезвычайно большое. Они даютъ возможность ослабить острые стороны проведенія въ жизнь принципа частной собственности. Напр., обременяя собственника одной недвижимости тѣмъ, что собственникъ другой недвижимости можетъ пользоваться чужимъ источникомъ воды, сервитутное право безъ большого ущерба для обремененнаго собственника дѣлаетъ возможнымъ отдѣльное существованіе двухъ недвижимостей и, такъ обр., не ослабляетъ, а укрѣпляетъ институтъ частной собственности.

III. Реальные сервитуты (право угодій).

1. Реальнымъ (вещнымъ) сервитутомъ называется вещное право каждаго собственника одной недвижимости пользоваться (II. 1. а) недвижимостью каждаго другого собственника.

Названіе это такъ же, какъ и названіе вышеупомянутыхъ реальныхъ, или вещныхъ повинностей, разумѣется, не точно, потому что сама недвижимость не можетъ имѣть какого-либо права на другую недвижимость. Не требуется при этомъ, чтобы недви-

жимости непременно находились въ сосѣдствѣ и чтобы пользованіе каждаго собственника одной недвижимости недвижимостью всякаго другого собственника было постояннымъ. Напр., вещное право рубки дровъ въ чужомъ лѣсу, хотя бы и отдѣльномъ землями третьихъ лицъ, является реальнымъ сервитутомъ.

2. Реальные сервитуты, по терминологіи нашего законодательства —угодья въ чужихъ имуществахъ, состоятъ: а) въ пользованіи лѣсами по праву въѣзда, б) въ пользованіи звѣриными и другими промыслами, в) въ пользованіи произведеніями, произрастающими въ лѣсахъ и пр.

а. Право въѣзда въ лѣсъ состоитъ въ пользованіи строевымъ и дровянымъ лѣсомъ изъ чужихъ дачъ (ст. 453), но это пользованіе ограничивается только домашними нуждами владѣльцевъ въ строевомъ и дровяномъ лѣсѣ. Поэтому въѣзжіе владѣльцы не могутъ торговать лѣсными матеріалами, въ такихъ лѣсахъ вырубленными, ни уступать другимъ своего права (ст. 455). Равнымъ образомъ и владѣльцы въѣзжихъ лѣсовъ не должны допускать или давать новые въѣзды и продавать лѣсъ на срубку людямъ постороннимъ (ст. 456). Постановленія о правѣ въѣзда въ казенные лѣса изложены отдѣльно въ Уставѣ лѣсномъ (изд. 1905 г., стт. 675—680). Право же въѣзда въ чужіе лѣса въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказья предусмотрено стт. 454, 457 и 462 т. X. ч. 1. Отъ права въѣзда въ чужіе лѣса слѣдуетъ отличать особое право угодій въ чужихъ имуществахъ: п а с т ь б у с к о т а въ помѣщичьихъ лѣсахъ на основаніи выкупныхъ актовъ (О. С. 94/22 и Гр. Касс. Дел. 95/60).

б. Далѣе, бортное ухажье, бобровые гоны, звѣриныя, птичьи и рыбныя ловли и другіе промыслы въ чужихъ дачахъ признаются также правами угодій (ст. 463).

в. Наконецъ, къ правамъ угодій нашъ законъ относитъ пользованіе плодами и сѣменами деревьевъ и кустарниковъ, также травой и другими естественными произведеніями, произрастающими какъ въ самыхъ казенныхъ лѣсахъ, такъ и на ихъ полянахъ (ст. 465).—Сенатъ относитъ къ правамъ угодій въ чужихъ имуществахъ также право устройства перевоза и пользованія имъ (03/50).—Подробныя правила относительно правъ уго-

дѣй въ чужихъ имуществѣхъ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской изложены въ ст. 466.

3. Права угодій въ чужихъ имуществѣхъ возникаютъ: а) кромѣ договора, б) незапамятною давностью и в) въ силу закона.

а) Договоръ долженъ быть совершенъ крѣпостнымъ порядкомъ (п. 2 ст. 159 Пол. о нот. части). По договору нельзя, впрочемъ, установить новыхъ вѣздовъ въ лѣса (см. 3).

б) Незапамятная давность удостоверяется только документами, писцовыми книгами и иными актами, а не свидѣтельскими показаніями (стт. 457 и 463). Десятилѣтняя же давность вовсе не устанавливаетъ сервитута (03/50), иначе въ Закавказьѣ (ст. 457).

в) По закону, священнослужителямъ и церковнымъ причетникамъ, состоящимъ при церквяхъ въ дѣйствительномъ служеніи, предоставляется право вѣзда въ лѣса, принадлежащіе селеніямъ ихъ приходовъ, исключая заповѣдныхъ ронци, и притомъ только для домовыхъ нуждъ, а не на продажу (ст. 458 т. X. ч. 1 и ст. 764 Уст. лѣсн. въ т. VIII ч. 1).

3. Прекращаются же права угодій въ чужихъ имуществѣхъ, кромѣ отреченія отъ нихъ и сліянія правъ собственности на оба участка въ лицѣ одного субъекта, а) выдѣломъ лѣсного участка въѣзжему владельцу и б) вырубкою лѣса на томъ пространствѣ, на которомъ въѣздъ былъ назначенъ (ст. 459).

а) Ст. 770 Уст. лѣсн. (въ т. VIII ч. 1), указываетъ и размѣръ выдѣла въ казенныхъ въѣзжихъ лѣсахъ: 20 десятинъ на 100 четвертей, владѣемыхъ помѣщиками по „писцовымъ книгамъ и дачамъ земель“. Право угодій въ чужихъ лѣсахъ—институтъ отживающій. Значительная часть отрицательнаго отношенія нашей судебной практики къ сервитутамъ обязана лѣснымъ сервитутамъ. Сенатъ не только допускаетъ прекращеніе ихъ по давности (88/83), но и воспрещаетъ установленіе новыхъ вѣздовъ въ лѣса какъ казенные, такъ и частные (00/66 и рѣш. Гр. Касс. Деп. 11 февр. 1909 г. по д. Московск. Лѣсопромышлен. Товарищества). Проектъ также воспрещаетъ на будущее время установленіе права вѣзда въ лѣсъ, какъ сервитута.

б) Земли, расчищенные изъ-подъ вѣзжихъ лѣсовъ, остаются въ собственности владѣльцевъ земель (ст. 460).

4. Реальные сервитуты, подъ именемъ правъ угодій въ чужихъ имуществѣхъ, изложенные выше, не охватываютъ всѣхъ реальныхъ сервитутовъ.

Въ этомъ отношеніи наше законодательство является весьма несовершеннымъ. Впрочемъ, оно излагаетъ другіе реальные сервитуты въ отдѣлѣ ограниченій права собственности (§ 16. II. 2). Смѣшенія этихъ ограниченій съ сервитутами не избѣгъ и Проектъ (ст. 994).

IV. Личные сервитуты (право владѣнія и пользованія, отдѣльное отъ права собственности).

1. Личнымъ сервитутомъ, въ противоположность сервитуту реальному, называется вещное право пользованія определеннаго лица чужою вещью или правомъ.

Так. обр., реалн. сервитутъ принадлежитъ всякому собственнику определенной недвижимости, тогда какъ личный сервитутъ принадлежитъ только какому-либо определенному лицу. Названіе сервитута личнымъ можетъ дать поводъ думать, что онъ есть какое то личное, а не вещное право. Между тѣмъ, личный сервитутъ есть именно вещное право, т. к. право пользованія определеннаго лица непосредственно направлено на имущество, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось.

2. Нашъ законъ различаетъ виды сервитутнаго пользованія чужою вещью: а) полное и неполное, б) срочное и пожизненное, в) вещами и правами.

а) Пользованіе полное не только предполагаетъ срочное или пожизненное пользованіе чужою вещью, но и извлеченіе всѣхъ плодовъ безъ измѣненія ея существа, неполное же—извлеченіе лишь нѣкоторыхъ плодовъ (ст. 536). Наше право не говоритъ о пользованіи вещью безъ извлеченія плодовъ, но нѣтъ основаній не признавать и такого неполнаго пользованія личнымъ сервитутомъ. *) Тѣмъ болѣе, что ст. 514 предоставляетъ на волю

*) Римское и современное право прямо различаютъ пользованіе вещью съ извлеченіемъ всѣхъ или нѣкоторыхъ ея плодовъ (пользовладѣніе, или узуфруктъ) и пользованіе только вещью, безъ извлеченія плодовъ (пользованіе, узусъ).

собственника устанавливать „пространство“ отдѣльнаго отъ собственности пользованія или владѣнія. Терминъ отдѣльное владѣніе употребляется въ нашихъ законахъ вмѣсто пользованія и на ряду съ нимъ.—Личный сервитутъ можетъ возникнуть по договору, по завѣщанію и по закону. По договору личный сервитутъ возникаетъ путемъ отмѣтки въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ (п. 2 ст. 159 Пол. о нот. части и ст. 514 т. X ч. 1). По завѣщанію личный сервитутъ устанавливается однимъ изъ супруговъ другому супругу, именно: пожизненно, на родовое имѣніе (стт. 533¹⁻¹³) и непременно въ нотаріальномъ завѣщаніи (ст. 1070). Однако, на благопріобрѣтенное имущество можетъ всякое лицо путемъ завѣщанія установить личный сервитутъ (ст. 1011). По закону имѣютъ право пожизненнаго пользованія родители послѣдѣтей, умершихъ бездѣтными, въ ихъ благопріобрѣтенномъ имуществѣ (стт. 1141 и 1145). Установленіе личнаго сервитута по давности не возможно (79/281, 03/50).—Прекращается же личный сервитутъ: смертью управомоченнаго субъекта, наступленіемъ срока, отреченіемъ со стороны субъекта отъ своего права, а равно и продажей имущества съ публичнаго торга, при незавленіи о своемъ правѣ лицомъ, имѣющимъ право на сервитутъ (81/43, 84/142, 91/74).

б. Пожизненное пользованіе, называемое въ нашемъ законѣ пожизненнымъ владѣніемъ, слѣдуетъ относить къ личнымъ сервитутамъ (иначе Проектъ, см. ниже 3, конецъ). Оно можетъ возникнуть, конечно, по договору (ст. 514), но пожизненность пользованія всегда предполагается въ вышеуказанныхъ двухъ случаяхъ возникновенія личнаго сервитута: по закону (у родителей) и по завѣщанію (у пережившаго супруга). При этомъ, въ обоихъ случаяхъ пожизненное пользованіе предполагаетъ извлеченіе всѣхъ плодовъ (полное пользованіе). Юридическому лицу нельзя, конечно, установить пожизненный сервитутъ, но этимъ не исключается возможность установленія личныхъ сервитутовъ въ пользу юридическихъ лицъ на какой-либо опредѣленный срокъ. Сенатъ пошелъ дальше и допускаетъ даже безсрочное пользованіе, если только цѣль его установленія есть пожертвованіе съ общепользною цѣлью (03/60). Въ данномъ случаѣ имѣется, такъ образ., исключеніе изъ того основнаго принципа, что личные сер-

витуты всегда устанавливаются на срокъ или даже пожизненно, а не безсрочно.

Пользованіе чужимъ правомъ, напр., процентами съ капитала по займу, возможно и у насъ въ силу стг. 402 и 418 т. Х ч. 1, т. к. долговья имущества отнесены у насъ къ движимымъ вещамъ (ср. также Проектъ ст. 982 и сл.).

3. Право вещной власти лица, имѣющаго личный сервитутъ, ограничивается предѣлами только пользова- нія вещью, или вмѣстѣ съ тѣмъ и извлеченія всѣхъ или нѣкоторыхъ ея плодовъ, безъ измѣненія существа и назна- ченія вещи.

Поэтому субъектъ личнаго сервитута не можетъ ухудшить вещь, измѣнить хотя бы и къ лучшему ея назначеніе, распоряжаться ею путемъ продажи и залога. Исключеніе въ отношеніи права заложить чужую вещь предоставлено лишь пережившему супругу (ст. 1629). Но не требуется непременно, чтобы пользованіе чужою вещью осуществлялось самимъ субъектомъ даннаго сервитута. Вполнѣ возможно, поэтому (иначе Проектъ, ст. 1021), передать другому лицу свое право пользованія, напр., путемъ отдачи имѣнія въ аренду (ст. 533⁷). Въ этомъ случаѣ не требуется согласія собственника, и договоръ будетъ обязательенъ для собственника даже и по смерти субъекта сервитута въ продолженіе трехъ лѣтъ, считая съ того дня, въ который окончился послѣдній истекшій при существованіи пожизненнаго владѣнія арендный годъ (ст. 1692¹ п. 3). *) Законъ требуетъ при этомъ, чтобы пользованіе арендатора началось прежде смерти пожизненнаго владѣльца (та же ст.). Впрочемъ, пользованіе сервитутомъ, переданное другому лицу, не есть еще передача самого вещнаго права, которое остается за пожизненнымъ владѣльцемъ (87/82), а лишь передача осуществленія этого права. Не слѣдуетъ, однако, право на передачу и осуществленіе пользованія предпо- лагать въ тѣхъ случаяхъ, когда это право, какъ напр., пожиз- неннаго жительства въ чужомъ помѣщеніи, тѣсно связывается съ личностью управомоченнаго субъекта.—Вещная власть пользо-

*) Арендная плата должна быть, однако, вносима ежегодно и по истеченіи аренднаго года (ст. 533⁷ п. 3).

владѣльца влечетъ, однако, для него и обязанности. Такъ, 1) онъ обязанъ поддерживать и охранять имѣніе отъ разстройства и упадка всѣми зависящими отъ него, по состоянію и средствамъ имѣнія, мѣрами (ст. 533⁵), и 2) онъ обязанъ въ точности отправлять лежащія на имѣніи установленныя закономъ повинности: государственныя, общественныя и земскія (ст. 533¹²). Нашъ Проектъ гр. улож. выдѣлилъ изъ сервитутовъ пожизненное пользование подъ именемъ: „права пользовладѣнія“ (ст. 951 и сл.). Проектъ считаетъ пользовладѣніе правомъ на всѣ доходы и выгоды, слѣдовательно, правомъ, отличнымъ отъ сервитутовъ, т. е. послѣдніе предоставляютъ субъекту пользование чужою вещью въ какомъ-либо одномъ или нѣсколькихъ отношеніяхъ (§ 24. II. 1; см. мотивы къ ст. 951 Проекта). Съ Проектомъ нельзя согласиться: во-1-хъ, пользовладѣніе можетъ простираться и не на всѣ плоды, а во-2-хъ, пользовладѣніе ограничивается сохраненіемъ существа и назначенія вещи, слѣдовательно, есть пользование вещью не во всѣхъ возможныхъ отношеніяхъ.

§ 25. Вещное право застройки и чиншевое право.

*I. Вещное право застройки *).*

1. *Право застройки есть вещное, свободно отчуждаемое и наследственное право на чужой земельный участокъ, съ опредѣленною цѣлью имѣть на немъ строенія и сооруженія.*

Оно отличается прежде всего отъ аренды, какъ обязательственнаго права, будучи правомъ вещнымъ. Оно отличается, да-лѣе, и отъ сервитутовъ, т. е. есть право пользованія отчуждаемое и наследственное, или вѣчное. Впрочемъ, не исключается возможность и срочнаго права застройки. Право застройки возникаетъ путемъ договора либо завѣщательнаго распоряженія и требуетъ отмѣтки въ крѣдостномъ реестрѣ. Устанавливать права застройки можетъ всякій собственникъ, не исключая собственниковъ имѣній заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ и майоратныхъ (ср. § 14. 2. б; съ разрѣшенія сената). Право застройки можетъ пріобрѣтаться только тотъ, кто имѣетъ право

*) Законопроектъ, принятый Государственной Думой. См. Г о й х - б а р г ъ, Право застройки и право на постройки (Право, 1911 № 9 и 10).

приобрѣтатъ въ данной мѣстности недвижимыя имѣнія (ср. § 3. II. 2). Оно прекращается истеченіемъ срока или досрочно, путемъ совпаденія въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на обремененный этимъ правомъ участокъ.

2. Вещная власть застройщика выражается не только въ возможности свободно отчуждать какъ самое право застройки, такъ и строеніе, воздвигнутое въ силу этого права на чужой землѣ, не только распоряжаться ими по завѣщанію, но и обременять ихъ вещными правами, какъ-то: сервитутомъ и залогомъ.

Въ обремененіи какъ самаго права застройки, такъ и строеній залогомъ, заключается большая выгода для застройщика, т. к. этимъ путемъ онъ приобретаетъ кредитъ, необходимый ему для возведенія построекъ. Поэтому, вопреки принципу русскаго права, что постройки на чужой землѣ суть движимость, право застройки признается имуществомъ недвижимымъ, а равно и самыя строенія должны (въ законопроектѣ это не ясно) считаться имуществомъ недвижимымъ. Застройщикъ несетъ, однако, и обязанности: уплату общественныхъ, земскихъ, государственныхъ и городскихъ сборовъ и повинностей, падающихъ на самый земельный участокъ, а равно уплачиваетъ и опредѣленное вознагражденіе (но не личными услугами) за пользованіе, если вознагражденіе было установлено при установленіи права застройки.

II. Чиншевое право.

1. Чиншевое право есть вещное, не свободно отчуждаемое и наследственное право пользованія чужимъ земельнымъ участкомъ, съ условіемъ взноса платы въ опредѣленномъ разѣ навсегда размѣрѣ и въ опредѣленные сроки (чиншъ).

Так. обр., чиншевое право, какъ право вещное, отличается отъ аренды, — обязательственнаго права. Оно отличается также и отъ права застройки своею безсрочностью, отчуждаемостью съ еогласія собственника (см. 2) и непремѣннымъ взносомъ платы (чинша). На юго-западѣ есть, однако, чиншевики (граціалисты), которые пользуютъ землею безвозмездно. Наше законодательство

относится отрицательно къ чиншовому праву, какъ праву, весьма ограничивающему собственников *). Поэтому, въ силу закона 9-го іюня 1886 г., установлень обязательный выкупъ чиншевыхъ земель въ западныхъ губерніяхъ. Однако, жизнь требуетъ этой формы вещнаго права, почему чиншное владѣніе возникаетъ и нынѣ, напр., въ Новороссійскомъ краѣ (04/41).— Неуплата въ срокъ чинна не прекращаетъ чиншоваго права, а даетъ лишь собственнику право на взысканіе чинша. Поэтому, чиншное право нормально прекращается или договоромъ или смертью чиншевика, умершаго безпотомственно и не оставившаго завѣщанія.

2. Вещная власть чиншевика, городского или сельскаго безразлично, являясь въ оборотѣ значительною вещною властью, почти равной собственности, ограничивается, однако, въ свободѣ отчужденія чиншоваго владѣнія тѣмъ, что требуется на отчужденіе согласіе собственника.

Вслѣдствіе этого отчужденіе чиншоваго владѣнія безъ согласія вотчинника не освобождаетъ прежняго владѣльца земли отъ обязательства его по отношенію къ собственнику (99/53). Передача чиншевыхъ правъ на городскія недвижимости должна быть совершаема крѣпостнымъ порядкомъ (92/116), чѣмъ облегчается городскимъ чиншевикамъ, въ противоположность сельскимъ, возможность долгосрочнаго кредита путемъ залога.

Глава V. Права на нематеріальныя вещи.

§ 26. Понятіе о правѣ на нематеріальныя вещи.

I. Построеніе (конструкція)вещнаго права на нематеріальныя вещи.

1. Вещное право на нематеріальную вещь есть власть (правомочіе) лица (физическаго или юридическаго) надъ нематеріальною вещью.

Эта власть есть, поэтому, непосредственная и исключительная (§ 1. 1. г), и къ ней приложимо все сказанное выше

*) Иначе Проектъ (ст. 927 и сл.). Онъ вводитъ право наследственнаго оброчнаго владѣнія: вѣчнаго или срочнаго и притомъ свободно отчуждаемаго (ст. 930).

въ § 13. Самое названіе: „вещное право на нематеріальную вещь“ какъ бы содержитъ въ себѣ противорѣчіе. Противорѣчіе это, однако, больше видимое, т. к. вещное право характеризуется для юриста не столько тѣмъ, что оно есть лишь право на физическую вещь, сколько тѣмъ, что оно есть власть непосредственная и исключительная. Въ особенности это умѣстно сказать, принимая во вниманіе новую конструкцію вещнаго права, какъ правоотношенія людей. Слѣдовательно, возможно говорить о вещномъ правѣ и на нематеріальную вещь.

II. Нематеріальная вещь, какъ объектъ права.

1. Подъ нематеріальными вещами разумѣютъ права. Однако, не всякое право можетъ быть предметомъ вещной власти.

Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ различать права, вытекающія изъ юридическихъ отношеній: преимущественно обязательственныя права, напр., право на полученіе долга, и права, не связанныя съ юридическими отношеніями, существующія у лица сами по себѣ, независимо отъ воли третьяго лица. Права перваго рода, какъ зависящія отъ воли другого лица, не могутъ быть объектомъ вещнаго права на нематеріальную вещь въ строгомъ смыслѣ этого слова (ср. § 14. 1). И только права втораго рода, не связанныя съ юридическими отношеніями, существующія сами по себѣ, суть объекты вещнаго права на нематеріальную вещь.

2. Сюда подойдутъ права: а) вещныя, б) авторскія и в) права на изобрѣтенія.

а. Вещныя права, напр., право застройки въ русскомъ законопроектѣ (§ 25. I) и право на сервитутъ по германскому праву (§ 1068). Можно, конечно, не соглашаться съ тѣмъ, что сами по себѣ вещныя права являются предметомъ права. Тѣмъ не менѣе, нѣтъ безусловной необходимости связывать вещное право съ обладаніемъ матеріальными предметами (см. выше § 26. I. 1). Правда, невольно бросается въ глаза своеобразность конструкціи „права на право“. Однако, юристъ такъ же, какъ и математикъ, имѣетъ дѣло съ формулами. Поэтому „право на право“ не есть, конечно, только право „на

само себя“. Оно есть право на возможность осуществленія въ жизни вещной власти, принадлежащей тому или другому лицу на матеріальные или даже нематеріальные предметы.

б. Авторскія права могутъ возникать въ отношеніи произведеній литературныхъ, музыкальных, художественныхъ и др. Литературныя права состоятъ въ непосредственной и исключительной возможности автора распространять среди людей сочетанія своихъ мыслей, выраженныхъ въ словѣ. Это выраженіе можетъ быть устнымъ, напр., въ рѣчи, писаннымъ, напр. рукописью, и печатнымъ (книги, газеты, журналы, письма, дневники и т. п.). При этомъ слѣдуетъ предостеречь отъ неправильнаго смѣшенія авторскаго литературнаго права съ конкретнымъ его выраженіемъ, напр., въ видѣ экземпляра книги. Право автора на экземпляръ книги будетъ просто правомъ собственности на книгу, а не авторское право. Авторское же право, какъ предметъ вещнаго права, есть самое сочетаніе мыслей автора, находящихся свое внѣшнее выраженіе въ словѣ. Обыкновенно для понятія литературнаго авторскаго права требуютъ еще наличности имущественной цѣли. Конечно, въ большинствѣ случаевъ авторъ выражаетъ и распространяетъ сочетаніе своихъ мыслей съ цѣлью полученія имущественныхъ выгодъ. Однако, эта цѣль не является безусловно необходимой, т. к. авторъ можетъ даже затрачивать свое имущество съ цѣлью лишь распространенія своихъ мыслей. Въ этомъ случаѣ литературное авторское право близко подходитъ къ личнымъ правамъ, если не совсѣмъ является личнымъ правомъ. Поэтому, быть можетъ, правильно отличать личное авторское право отъ авторскаго права имущественнаго. Все сказанное объ авторскихъ литературныхъ правахъ подходитъ и подъ художественныя и иныя права. Все различіе сводится къ тому, что авторское право направлено здѣсь не на сочетаніе мыслей въ словѣ, а на образы въ живописи, ваяніи, художественной фотографіи, какъ равно на сочетаніе просто линій и красокъ (промышленные рисунки). Нѣсколько споренъ вопросъ въ отношеніи архитектуры, но, тѣмъ не менѣе, едва ли есть серьезное основаніе лишать всякой защиты архитекторовъ.

в. Права на изобрѣтенія состоятъ въ непосредственной и исключительной возможности изобрѣтателя технически оформлять свои идеи въ цѣляхъ лучшаго использованія силъ природы. Право на изобрѣтеніе требуетъ, однако, новизны изобрѣтенія. Права на изобрѣтенія, признанныя за изобрѣтателемъ надлежащимъ патентнымъ учрежденіемъ, называются патентными правами. Они могутъ быть двухъ видовъ: изобрѣтеніемъ новыхъ продуктовъ и изобрѣтеніемъ новыхъ способовъ производства уже извѣстныхъ продуктовъ. Отъ патентнаго права отличается право на модель, въ смыслѣ непосредственной и исключительной возможности изобрѣтателя осуществлять и распространять свою идею лишь въ данной специальной формѣ ея выраженія. Поэтому всякое другое лицо можетъ использовать идею изобрѣтателя, оформивъ ее въ какую-либо другую модель. (Колеръ, Гражд. право Германіи, стр. 155 и сл.).

§ 27. Авторское право въ русскомъ законодательствѣ (законъ 15 марта 1911 г.).

Г. Субъекты авторскаго права.

1. Авторское право признается за авторами и ихъ правопреемниками: какъ а) русскими подданными, такъ и б) иностранцами.

а. За русскими подданными—въ отношеніи всѣхъ произведеній, не появившихся въ свѣтъ и появившихся въ свѣтъ, безразлично гдѣ—за границей или въ Россіи.

б. За иностранцами въ отношеніи всѣхъ произведеній, не появившихся въ свѣтъ, гдѣ бы то ни было, и появившихся въ свѣтъ только въ Россіи. Так. обр., по русскому законодательству иностранцы не считаются субъектами русскаго авторскаго права въ томъ лишь случаѣ, если они опубликовали свои произведенія за границей (ст. 4 Пол. авт. пр.). Впрочемъ, и въ этомъ случаѣ наше законодательство, въ видѣ исключенія, охраняетъ ихъ произведенія отъ перепечатки (ст. 32, 44). Авторомъ произведенія можетъ быть одно или нѣсколько лицъ. Если произведеніе нѣсколькихъ авторовъ образуетъ одно нераздѣльное цѣлое, то такое произведеніе принадлежитъ всѣмъ авторамъ по

правиламъ объ общей собственности (ст. 5). — Однако, музыкальныя произведенія, написанныя на чужой текстъ, принадлежать исключительно композитору (ст. 46, ср. 45). Для признанія за авторомъ права нѣтъ необходимости, чтобы онъ опубликовалъ свое имя; слѣдовательно, признаются субъектами и авторы анонимныхъ и псевдонимныхъ произведеній (ст. 17).

2. Что касается, въ частности, правопреемниковъ, какъ субъектовъ авторскаго права, то ими будутъ а) тѣ лица, которымъ самъ авторъ добровольно передалъ свое право по письменному договору, и б) тѣ лица, къ которымъ авторское право перешло по наслѣдству (по закону или завѣщанію).

а. Поэтому, авторское право не можетъ быть безъ согласія автора или его наслѣдниковъ (ст. 10) приобрѣтено путемъ взысканія по ихъ долгамъ или переуступлено издателемъ другому лицу (§ 27. III. 2). Законъ допускаетъ, однако, возможность перехода издательскаго предпріятія изъ однѣхъ рукъ въ другія по долгамъ издателя въ предѣлахъ договора (ст. 10). Въ частности, добровольное отчужденіе авторомъ своихъ будущихъ произведеній сохраняетъ силу на срокъ не свыше пяти лѣтъ, хотя бы въ договорѣ была условлена и бѣльшая его продолжительность или безсрочность (ст. 9).

б. Авторское право послѣ смерти автора переходитъ къ его наслѣдникамъ согласно общимъ гражданскимъ законамъ, причемъ, однако, супругъ или родители, оказавшіеся единственными наслѣдниками въ отношеніи авторскаго права, получаютъ: первый — все авторское право, а не указную долю, вторые же — въ собственность, а не въ пожизненное владѣніе. Если же остались единственными наслѣдниками вмѣстѣ супругъ и родители, то, согласно правиламъ объ общей собственности, всѣ они наслѣдуютъ въ равной долѣ (ст. 6). Наконецъ, если авторъ не оставилъ наслѣдника ни по завѣщанію, ни по закону, то авторское право прекращается со дня смерти автора, а не становится выморочнымъ. Исключеніе сдѣлано для соавтора. Его авторское право не прекращается, а переходитъ къ остальнымъ авторамъ того же произведенія (ст. 7).

3. Субъектами авторскаго права признаются также издатели, коимъ авторъ уступилъ право изданія. См. III. 2.

*4. Въ видѣ исключенія, субъектами авторскаго права являются лица, изображенныя на портретахъ *) и въ видѣ бюстовъ по заказу этихъ лицъ (право на собственное изображение) (стт. 52, 59, ср. 62 п. 2).*

Это право принадлежит также и преемникамъ заказчиковъ. За указаннымъ исключеніемъ, при въ случаѣ иного соглашенія, авторское право принадлежит автору, а не заказчику.

II. Объекты авторскаго права.

1. Какъ было показано выше, объектомъ авторскаго права всегда будетъ самое право, а не матеріальныя предметы, созданныя въ силу этого права.

См. § 26. II. 2 б. Поэтому неправильно считать объектомъ авторскаго права самыя произведенія. Лишь въ переносномъ смыслѣ можно говорить о произведеніяхъ, какъ объектахъ авторскаго права.

2. Въ этомъ отношеніи различаютъ: а) литературныя, б) музыкальныя, в) художественныя, г) фотографическія и подобныя имъ произведенія.

а. Литературныя произведенія, какъ письменныя, такъ и изустныя, не исключая импровизаций, рѣчи, лекціи, рефераты и т. п. (ст. 1 п. 1). Въ частности къ литературнымъ произведеніямъ законъ относитъ:

1) Изданіе древнихъ рукописей (ст. 13), сборниковъ народныхъ пѣсенъ, мелодій и т. п. (ст. 30). Такимъ образомъ нашъ законъ знаетъ т. называемую editio princeps, оставленную новыми законодательствами.

2) Газеты, журналы и прочія повременныя изданія, а равно сборныя изданія, альманахи и пр. Допускается, однако, перепечатывать изъ чужихъ повременныхъ изданій извѣстія о текущихъ событіяхъ и новостяхъ дня, а равно иногороднія сообщенія по телеграфу и телефону, хотя бы получаемыя и отъ собственныхъ корреспондентовъ. Однако, иногороднія сообщенія по теле-

*) Въ частности, не только портреты, но и другія фотографическія произведенія, исполненныя по заказу, принадлежатъ заказчику, какъ субъекту авторскаго права (ст. 59).

графу и телефону не дозволяется воспроизводить въ мѣстныхъ газетахъ въ теченіе 18 часовъ со времени ихъ опубликованія, если они снабжены запретительною оговоркою (ст. 40). Другія статьи повременныхъ изданій могутъ быть также перепечатаны въ тѣхъ случаяхъ, когда по отношенію къ нимъ не послѣдовало запрещенія автора (запретительная оговорка). Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что во всякомъ случаѣ воспрещаются постоянныя перепечатки изъ одного и того же изданія.

3) Изданіе географическихъ, топографическихъ и другихъ картъ, атласовъ, чертежей и т. п., если только по главной цѣли своей и назначенію такія произведенія относятся къ числу художественныхъ (ст. 41).

4) Частныя письма, дневники и всякія частныя записки. Письма, не предназначавшіяся авторомъ къ напечатанію, могутъ быть изданы лишь съ обоюднаго согласія автора и адресата. Въ случаѣ же смерти одного изъ нихъ и отсутствія особаго съ ихъ стороны распоряженія, требуется согласіе лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія по закону (ст. 28). Дневники же и всякія частныя записки, не предназначавшіяся къ напечатанію, требуютъ также согласія лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія по закону, если умершимъ не было сдѣлано особаго распоряженія (ст. 29). По истеченіи же 50 лѣтъ со времени смерти послѣдняго изъ лицъ, ведшихъ между собою переписку, или смерти автора дневника и частныхъ записокъ, требуется лишь согласіе пережившихъ супруговъ и дѣтей названныхъ лицъ (ст. 28 и 29).

5) Переводы, въ частности параллельные, т. е. такіе, которые печатаются одновременно на нѣсколькихъ языкахъ. Такъ наприм., русскій переводъ съ англійскаго, изданный одновременно съ подлинникомъ въ Англіи, будетъ считаться у насъ подлинникомъ и уже защищаться согласно авторскому праву (ст. 34). Это постановленіе ослабляетъ дѣйствіе нашего закона, по которому не пользуются правомъ перевода иностранцы, издавшіе свои сочиненія за границей, если только не заключены соответствующія о томъ конвенціи (ст. 35). За указаннымъ исключеніемъ всѣ авторы какъ иностранцы, такъ и русскіе имѣютъ право на переводъ (ст. 33).

6) Передѣлки изъ одной литературной формы въ другую (ст. 31). — Напротивъ, въ русскомъ законодательствѣ прямо исклю-

чены изъ дѣйствія авторскаго права законы, правительственныя распоряженія, постановленія законодательныхъ и общественныхъ собраній съ относящимся сюда матеріалами, судебныя рѣшенія и рѣчи, произнесенныя въ публичныхъ собраніяхъ. См. стт. 37 и 38. За авторами публичныхъ рѣчей сохраняется, однако, исключительное право на изданіе какъ отдѣльныхъ рѣчей, такъ и сборниковъ ихъ.

б. Музыкальныя произведенія, въ томъ числѣ и музыкальныя импровизаціи (ст. 1 п. 2). Въ частности, автору принадлежитъ право переложенія музыкальныхъ произведеній (т. ск. переводы) на голоса, инструменты, оркестръ и на всякаго рода механическія ноты, предназначенныя для исполненія произведеній посредствомъ граммофоновъ, фонографовъ, піанолъ и т. п. инструментовъ (ст. 42). Слѣдовательно, переложеніе на механическіе инструменты съ неподвижными валиками, наприм., на шарманки и т. п., не требуетъ согласія автора.

в. Художественныя произведенія: живопись, гравированіе и другіе виды графическаго искусства, ваяніе и зодчество (ст. 1 п. 3). Къ правамъ автора законъ относитъ: 1) художественныя воспроизведенія твореній автора всѣми способами, относящимися къ тому же роду искусства. Поэтому авторъ не имѣетъ права на воспроизведеніе своихъ художественныхъ твореній путемъ перевода ихъ изъ области живописи въ область ваянія и наоборотъ (ст. 56 п. 1). 2) Произведенія, созданныя авторомъ по заказу (ср., однако, I. 4). 3) Планы, чертежи и рисунки для архитектурныхъ строеній, если сдѣлана авторомъ запретительная оговорка (ст. 57). При этомъ законъ постановляетъ, что продажа плановъ, чертежей и рисунковъ предполагаетъ право покупателей производить сооруженія и постройки (та же ст.). 4) Готовыя произведенія архитектурнаго искусства, хотя законъ буквально говоритъ о зодествѣ, т. е. о производствѣ всякихъ строеній (ст. 1 п. 3, ср. ст. 57).

г. Фотографическія и подобныя имъ произведенія (ст. 1 п. 4), подъ условіемъ означенія на каждомъ экземплярѣ фирмы или имени, фамиліи и мѣста жительства фотографа или издателя фотографіи и года выпуска въ свѣтъ фотографическаго произведенія (ст. 60).

Наше законодательство оставляетъ, однако, безъ вниманія воспроизведеніе авторскихъ произведеній путемъ кинематографовъ.

III. Содержаніе и ограниченія авторскаго права.

1. Автору принадлежитъ исключительное право всѣми возможными способами воспроизводить, опубликовывать и распространять свое произведеніе (ст. 2).

См. выше II. Въ частности, подъ всѣми возможными способами разумѣются всѣ способы техники, съ помощью которыхъ возможно распространеніе произведеній автора. Однако, законъ не говоритъ о распространеніи произведеній автора путемъ кинематографа (см. II, конецъ). Распространеніе слѣдуетъ понимать независимо также отъ количества экземпляровъ. Авторъ имѣетъ право воспроизводить, публиковать и распространять свое произведеніе хотя бы въ одномъ экземплярѣ. Впрочемъ, нашъ законъ, въ противоположность германскому, прямо не предусматриваетъ этого.

2. Авторъ можетъ также а) передать осуществленіе своего права другимъ лицамъ путемъ издательскаго договора, б) продать и в) заложить свое право.

а. Издатель обязанъ напечатать произведеніе въ трехлѣтній срокъ (срокъ, несомнѣнно, очень долгій) или и раньше, если то вызывается особыми (?) обстоятельствами (ст. 68). Онъ обязанъ не только согласно условіямъ напечатать произведеніе (ст. 69), но и принять обычныя мѣры къ его распространенію (ст. 65), причемъ не имѣетъ права, безъ согласія автора (см. выше § 27 I. 2), переуступить изданіе другому лицу (ст. 67). Съ своей стороны авторъ обязанъ не приступать къ новому изданію до распродажи уступленнаго произведенія, не долѣе, однако, пяти лѣтъ со дня выхода прежняго изданія, или столькихъ пятилѣтій, на сколько уступлено право (ст. 71). Впрочемъ, авторъ имѣетъ право и раньше издать свое произведеніе, если онъ его переработалъ въ новое произведеніе (ст. 73) или издаетъ его въ полномъ собраніи своихъ сочиненій (ст. 72). Въ последнемъ случаѣ все же—не ранѣе трехъ лѣтъ. Само собою понятно, что авторъ можетъ выпустить новое изданіе, скупивъ въ любое время оставшіеся экземпляры (ст. 71 п. 1). Законъ предоставляетъ, наконецъ,

автору право прекратить договоръ по уважительнымъ причинамъ, подъ условіемъ возмѣщенія издержекъ издателю по изданію (ст. 68 п. 2). Что касается самой юридической конструкціи, то законъ рассматриваетъ издателя, какъ субъекта авторскаго права въ отношеніи третьихъ лицъ и даже самого автора, поскольку это нужно для огражденія права по его издательскому договору. Слѣдовательно, признаетъ за издателемъ вещное ограниченное право на нематеріальную вещь (ст. 66). Законъ, въ частности, предоставляетъ издателю право вносить измѣненія въ произведеніе автора въ тѣхъ случаяхъ, когда авторъ по доброй совѣсти не могъ бы отказать въ этомъ издателю (ст. 70, ср. 20). Какъ на недостатокъ закона можно указать на то, что онъ не предусматриваетъ журнальнаго (газетнаго) издательскаго договора.

б. О продажѣ см. I. 2. а. О продажѣ плановъ и чертежей см. II. 2. в. Напротивъ, продажа художественныхъ произведеній не предполагаетъ отчужденія права на произведеніе (ст. 51, ср. 55).

в. Авторское право м. б. заложено авторомъ или его наследниками при условіи особаго ихъ согласія на отчужденіе авторскаго права. Напротивъ, авторское право издателя м. б. свободно заложено (ст. 10, ср., однако, ст. 67).

3. Ограниченія авторскаго права довольно многочисленны.

Такъ, 1) дозволяется пользованіе произведеніями автора въ домашней жизни, для личнаго употребленія (ст. 3, 62), умѣренные цитированія и заимствованія, въ результатъ которыхъ получается новое самостоятельное произведеніе, или сборное сочиненіе (стт. 39, 43, 56, 62). 2) Дозволяется публичное исполненіе музыкальных произведеній, не преслѣдующее цѣлей наживы, во время народныхъ празднествъ и для благотворительности (ст. 50). 3) Художники не имѣютъ права доступа къ проданнымъ ими картинамъ для воспроизведенія ихъ какимъ-либо способомъ, наприм., путемъ фотографіи (ст. 53). Они не имѣютъ также права на произведенія, проданныя въ храмы, музеи и иного рода общественныя установленія, какъ и на тѣ произведенія, которыя выставлены на улицахъ и площадяхъ (стт. 54, 56) и на публичной выставкѣ (ст. 56 п. 5, 62 п. 2). 4) Композиторъ ограниченъ т. н. правомъ лиценцій (ст. 42 п. 2). 5) Авторское право срочно (см. IV. 2). 6) Прикладное искусство свободно отъ авторскаго права (ст. 56 п. 4).

IV. Возникновеніе, и прекращеніе авторскаго права.

1. Первоначальнымъ способомъ авторское право возникаетъ путемъ творчества (ср. ст. 41), а въ некоторыхъ случаяхъ, необходимы, сверхъ того, запретительныя оговорки.

Запретительныя оговорки требуются для переводовъ, газетныхъ статей, публичнаго исполненія музыкальных произведеній (ст. 48) и фотографіи (II. 2. 2). О производныхъ способахъ см. III. 1. 2.

2. Авторское право прекращается особымъ способомъ—истеченіемъ срока его дѣйствія. Общимъ срокомъ признается 50 лѣтъ со дня смерти автора (ст. 11 и др.).

Если, однако, авторъ не раскрылъ своего псевдонима или анонима, то 50 лѣтъ считаются со дня изданія (ст. 17). Со времени появленія въ свѣтъ повременныхъ и сборныхъ изданій авторы ихъ имѣютъ право въ теченіе 25 лѣтъ (ст. 14) и 10 лѣтъ для осуществленія права перевода со времени изданія подлинника, подъ условіемъ напечатанія перевода авторомъ въ теченіе первыхъ 5 лѣтъ по изданіи подлинника (ст. 5). Авторское право на фотографическія произведенія ограничивается также 10 годами со времени появленія въ свѣтъ произведенія. Развѣ только фотографическія произведенія были изданы въ видѣ сборниковъ или серій снимковъ, представляющихъ самостоятельный художественный, историческій или научный интересъ. Въ этомъ случаѣ 10-лѣтній срокъ увеличивается до 25 лѣтъ.—Исчисленіе сроковъ предусматрѣно стт. 16, 17 и 18. **)

§ 28. Авторское право на промышленныя изобрѣтенія (по закону 20 мая 1906 г.) и право на фабричныя рисунки и модели.

1. Вещное право пользованія изобрѣтеніемъ возникаетъ съ момента выдачи охранительнаго свидѣтельства. Одного творчества здѣсь не достаточно.

Охранительное свидѣтельство (въ которомъ обозначается день и часъ) выдается по прошенію изобрѣтателя, поданному въ

*) Авторъ защищается въ порядкѣ уголовномъ и гражданскомъ (ст. 21—27).

**) Шендорфъ, Новое авторское право (Право 1911 г., №№ 28, 29).

министерство торговли и промышленности. Оно имѣетъ, однако, значеніе временное. Если, по изслѣдованіи, будетъ признано за изобрѣтателемъ право на изобрѣтеніе, то ему выдается патентъ на изобрѣтеніе въ замѣну временнаго свидѣтельства.

2. Прекращается же право на промышленное изобрѣтеніе по истеченіи 15 лѣтъ со дня выдачи патента, т. к. оно представляется на срокъ не болѣе 15 лѣтъ (ст. 198¹⁶ Уст. о пром.).

Однако, право на промышленное изобрѣтеніе можетъ прекратиться по истеченіи 5 лѣтъ со дня выдачи патента, если изобрѣтатель не осуществитъ въ теченіе этого времени своего изобрѣтенія. О другихъ способахъ прекращенія см. ст. 198²⁹ Уст. о пром.

3. Изобрѣтатель можетъ свободно распоряжаться своимъ правомъ на изобрѣтеніе.

Онъ можетъ его отчуждать возмездно или безвозмездно (нотаріальнымъ порядкомъ съ сообщеніемъ о томъ министерству торговли и промышленности), а также передавать лишь пользованіе изобрѣтеніемъ, сохраняя за собою самое право на него, и можетъ также завѣщать (ст. 198²²).

4. Право на фабричныя рисунки и модели въ общемъ подчиняется тѣмъ же началамъ, какъ и право на промышленныя изобрѣтенія.

Оно возникаетъ путемъ заявки рисунка или модели въ отдѣлѣ промышленности Министерства Торговли (ст. 201 Уст. о пром.) и выдачи заявителю свидѣтельства. Оно прекращается также, въ частности, истеченіемъ срока отъ одного до десяти лѣтъ, на каковой срокъ признается за изобрѣтателемъ исключительное право пользованія рисункомъ или моделью (ст. 207).

5. Существуютъ также особыя права на товарные знаки и фирму.

Ст. 161^{1—21} Уст. о пром.—Правила о торговыхъ знакахъ 26 февр. 1896 г. прод. 1906 г. Ближайшее разсмотрѣніе даннаго вопроса относится къ торговому праву.

Часть III.

Обязательственное право.

Глава I. Понятіе объ обязательственномъ правѣ и виды обязательствъ.

§ 29. Построеніе (конструкція) обязательственного права.

1. Понятіе объ обязательствахъ вообще.

1. Обязательственное право, въ отличіе а) отъ вещнаго и б) семейнаго права, есть власть (правомочіе) лица (физическаго или юридическаго), простирающаяся на отдѣльныя дѣйствія другихъ опредѣленныхъ лицъ.

а. См. § 1. 1. в.—Эта власть есть посредственная и относительная, т. к. она нуждается для своего осуществленія во власти опредѣленнаго другого лица, должника, и не исключаетъ власти другихъ лицъ (§ 1. 1. г). Поэтому, въ защиту обязательственной власти возможно предъявить искъ только къ опредѣленному лицу—должнику (§ 13. 1) и вообще ее возможно осуществлять въ отношеніи лишь опредѣленнаго лица.

б. Обязательственное право есть, далѣе, власть надъ отдѣльными дѣйствіями или дѣйствіемъ опредѣленнаго лица, а не надъ всей ихъ совокупностью, не надъ личностью, какъ то имѣетъ мѣсто въ семейномъ правѣ.—Обязательственную власть можно, поэтому, выразить въ формулѣ: Л——Д, причѣмъ Л означаетъ лицо; Д—отдѣльное, извѣстное дѣйствіе опре-

дѣленнаго лица и черта—право лица на это дѣйствіе. Съ точки зрѣнія конструкции права, какъ юридическаго отношенія лицъ, обязательственное право есть, конечно, отношеніе между людьми, а не между человѣкомъ и дѣйствіемъ другого лица. Отсюда и обязательственное право можетъ быть выражено въ слѣдующей формулѣ:

Л . . Д . . Л¹

Л означаетъ субъекта обязательственнаго права—кредитора, Л¹—другого субъекта обязательственнаго права—должника, Д—дѣйствіе должника въ отношеніи кредитора и черта—власть кредитора на опредѣленное дѣйствіе должника. Короче, обязательственное право есть власть „надъ людьми по поводу дѣйствій людей“ (ср. § 13. 1, стр. 66).

2. Въ частности, обязательственное право, по сравненію съ вещнымъ правомъ, имѣетъ а) свои выгодныя и б) невыгодныя стороны.

а. 1) Кредиторъ заранее знаетъ лицо, которое ему обязано опредѣленнымъ дѣйствіемъ, тогда какъ въ вещномъ правѣ такимъ лицомъ можетъ быть всякое лицо и потому лицо неизвѣстное заранее. 2) Обязательственное право чрезвычайно богато по своему содержанію, т. к. оно направлено на самыя разнообразныя дѣйствія лицъ. Поэтому обязательственное право есть область отношеній, постоянно развивающаяся. Въ немъ наблюдается развитіе общественности; оно соединяетъ людей въ противоположность вещному праву, которое ихъ разъединяетъ. Вещное право, къ тому же, ограничено въ своихъ объектахъ, а охранительныя тенденціи общественнаго порядка сказываются здѣсь въ устойчивыхъ, опредѣленныхъ, типичныхъ видахъ вещныхъ правъ (§ 15). Вещное право всегда болѣе или менѣе спокойно. Въ противоположность ему, обязательственное право находится постоянно въ поступательномъ движеніи впередъ.

б. Однако, обязательственное право имѣетъ и свои весьма неудобныя стороны. 1) Исполненіе дѣйствія зависитъ отъ должника. Должникъ не можетъ быть принуждаемъ къ исполненію дѣйствія (71/905, 73/217). Онъ можетъ исполнить и не исполнить своего дѣйствія, хотя неисполненіе дѣйствія и сопровождается для него непріятными юридическими послѣдствіями

(80/118). Слѣдовательно, обязательственное право, какъ отношеніе, выполнѣ зависящее отъ другого лица, есть, въ сущности, область довѣрія, оказываемаго однимъ лицами, кредиторами, другимъ лицамъ, должникамъ. 2) Право кредитора направлено на дѣйствія только должника. Третьи лица не обязаны, поэтому, считаться съ правомъ кредитора, какъ то имѣетъ мѣсто въ отношеніи субъекта вещнаго права. Если, напр., лицо А—собственникъ дома, то всякое третье лицо принуждается возвратить этотъ домъ собственнику. Если, напротивъ, лицо А заказало себѣ платье въ магазинѣ, и приготовленное платье, тѣмъ не менѣе, было продано лицу Б, то А не имѣетъ права вернуть это платье отъ Б, т. к. А имѣетъ право только на дѣйствіе магазина. Лицо А можетъ лишь искать убытки, причиненные ему неисполненіемъ условленнаго дѣйствія.

3. Въ частности же, по сравненію съ римскимъ обязательственнымъ правомъ, современное обязательственное право имѣетъ только выгодную сторону.

Римское обязательство было неподвижнымъ, строго индивидуальнымъ. Достаточно было даже незначительнаго измѣненія въ обязательствѣ, напр., какого-либо измѣненія въ самомъ дѣйствіи—и стараго обязательства уже не было: на его мѣстѣ возникало обязательство, совершенно новое, ничѣмъ не связанное съ прежнимъ. Напротивъ, современное обязательство подвижно. Оно даже допускаетъ, по общему правилу, замѣну одного кредитора другимъ кредиторомъ и, въ видѣ исключенія, одного должника другимъ безъ того, чтобы обязательство перестало существовать, давъ мѣсто другому, новому обязательству. Так. обр., современное обязательство, будучи менѣе индивидуальнымъ, чѣмъ римское, является въ гражданскомъ оборотѣ болѣе жизненнымъ, крѣпкимъ и потому болѣе желательнымъ.

II. Понятіе объ обязательствѣ въ русскомъ правѣ.

1. Наши законы не даютъ понятія объ обязательственномъ правѣ, но въ нихъ имѣются постановленія, изъ которыхъ можно вывести данное понятіе.

Такъ, въ нашихъ законахъ говорится, что всякое обязательство, правильно составленное, налагаетъ на договариваю-

щихся обязанность его исполнить (ст. 569), и что, въ случаѣ неисполненія обязательства, оно производитъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія во всемъ томъ, что постановлено въ обязательствахъ (ст. 570). Это значитъ, что лицо, имѣющее обязательственную власть, въ правѣ требовать, прежде всего, исполненія дѣйствія отъ своего должника. Наше законодательство предусматриваетъ, далѣе, право кредитора требовать себѣ вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные неисполненіемъ дѣйствія по обязательству (ст. 693), а также предусматриваетъ и право требовать удовлетворенія за всякій ущербъ въ имуществѣ, и причиненные кому-либо вредъ и убытки (ст. 574). Слѣдовательно, нашъ т. X ч. 1 знаетъ обязательство въ смыслѣ права одного лица (кредитора) требовать отъ другого лица (должника) исполненія дѣйствія, а въ случаѣ неисполненія дѣйствія требовать вознагражденія; причемъ право на вознагражденіе можетъ имѣть двоякій источникъ: неисполненіе обязательства или вообще всякое другое причиненіе имущественнаго вреда и убытковъ.

2. Къ сожалѣнію, въ области юридическихъ понятій наше законодательство допускаетъ существенную ошибку. Оно неправильно смѣшиваетъ обязательство съ договоромъ (см., напр., стт. 569, 570, 574, 693, 1531), что замѣчено и сенатомъ (68/506).

На самомъ же дѣлѣ, договоръ и обязательство необходимо строго различать, т. к. обязательство—понятіе болѣе широкое, чѣмъ договоръ. Обязательство можетъ возникнуть не только изъ договоровъ, но изъ правонарушеній и нѣкоторыхъ другихъ основаній (§ 32). Слѣдовательно, договоръ есть лишь одно изъ основаній возникновенія обязательствъ, а не самое обязательство. Смѣшеніе обязательства съ договоромъ до извѣстной степени оправдывается, впрочемъ, тѣмъ, что обязательства возникаютъ главнымъ образомъ изъ договоровъ. Поэтому, хотя и неточно, называютъ иногда обязательственное право договорнымъ правомъ. Понятіе о договорѣ, какъ основаніи обязательства, не чуждо, однако, и нашему законодательству (см. 568).

§ 30. Дѣйствіе, какъ объектъ права.

Г. Понятіе о дѣйствіи въ правѣ.

1. *Понятіе о дѣйствіи въ правѣ слѣдуетъ строго отличать отъ понятія дѣйствія въ обыденномъ словопотребленіи.*

Дѣйствіе, какъ объектъ права (обязательственной власти лица), съ одной стороны, уже обыденнаго понятія о дѣйствіи, потому что не всякое дѣйствіе можетъ служить предметомъ права (см. 2), а съ другой,—шире, т. к. подъ понятіе дѣйствія въ правѣ подойдет и бездѣйствіе. Напримѣръ: лицо А можетъ обязаться передъ лицомъ Б чего-либо не дѣлать. Въ этомъ случаѣ недѣланіе лица А, его бездѣйствіе, и будетъ дѣйствіемъ въ правѣ. Отсюда различаютъ дѣйствіе положительное и отрицательное, понимая подъ послѣднимъ именно бездѣйствіе.

2. *Не могутъ быть объектомъ права слѣдующія дѣйствія: а) объективно невозможныя, б) запрещенныя правомъ (недозволенныя), в) безнравственныя (противныя добрымъ нравамъ) и г) безразличныя (не имющія интереса для кредитора).*

а. Дѣйствіемъ объективно невозможнымъ будетъ такое, которое никто при данныхъ условіяхъ мѣста и времени не въ состояніи исполнить, а не только—должникъ. Въ послѣднемъ случаѣ невозможность исполненія дѣйствія будетъ субъективной. Къ объективно невозможнымъ дѣйствіямъ слѣдуетъ отнести, напр., дѣйствія, совершенно неопредѣленныя по своему содержанію, или содержаніе которыхъ дозволено опредѣлить по произволу стороны (исполнить то, что захочетъ). Впрочемъ, неопредѣленное дѣйствіе слѣдуетъ отличать отъ дѣйствія опредѣлимаго, т. е. выраженнаго лишь неопредѣленно (ст. 1539), а по содержанію вполне опредѣленнаго. Къ невозможнымъ же дѣйствіямъ отойдутъ и всѣ тѣ дѣйствія, исполненіе которыхъ въ жизни фактически невозможно, напр., достать центръ земли. Наши гражданскіе законы косвенно требуютъ опредѣленныхъ

дѣйствій, въ цѣляхъ возможности всецѣлаго и точнаго исполненія обязательства (ст. 570, ср. ст. 1536, 1539 п. 5) *).

б. Дѣйствиємъ, запрещеннымъ правомъ, или недозволеннымъ будетъ всякое дѣйствіе, совершеніе котораго право запрещаетъ, независимо отъ того, объявляетъ ли оно совершеніе такого дѣйствія дѣяніємъ наказуемымъ или не наказуемымъ. Поэтому, не будетъ дѣйствія въ правѣ, если лицо А обяжется передъ лицомъ Б за вознагражденіе убить какого-либо человѣка или подарить родовое имущество (ср. § 14. 1. б). Нашъ законъ прямо требуетъ, чтобы обязательства по договору были непротивны законамъ (ст. 571, 1528, 2151) и объявляетъ обязательство ничтожнымъ, „если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной, какъ-то, когда договоръ (обязательство) клонится 1) къ расторженію законнаго супружества, 2) къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ, 3) къ лихоимственнымъ изворотамъ, 4) къ присвоенію частному лицу такого права, котораго оно по состоянію своему имѣть не можетъ, 5) ко вреду государственной казны“ (ст. 1529). Разумѣется, на указаные въ самомъ законѣ случаи слѣдуетъ смотрѣть, какъ на примѣры (см. также ст. 2014 и 1666). Суду предоставляется, поэтому, право прилагать установленныя ст. 1529 основныя начала и въ другихъ случаяхъ (67/70 и др.), но онъ обязанъ при этомъ подробно указать, въ чемъ имъ усматривается противозаконная цѣль (73/800). При этомъ, судъ обязанъ *ex officio* отказать въ защитѣ правъ, выводимыхъ изъ обязательства, нарушающаго публичный интересъ (84/143 и др., 90/123). Обязательство, направленное на дѣйствіе, запрещенное правомъ, конечно, недѣйствительно, — недѣйствительно настолько, насколько того требуетъ нарушенное право (02/87). Но можетъ ли, однако, такое обязательство влечь за собою какія бы то ни было права и обязанности? Напр., если

*) Дѣйствіе не будетъ объективно возможнымъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ, на который оно направлено, не существуетъ или вышелъ изъ гражданскаго оборота, а равно и тогда, когда онъ не можетъ служить той цѣли, ради которой состоялось заключеніе договора (86/35).

лицо А получило имущество отъ лица Б за совершеніе дѣйствія, правомъ запрещеннаго, то имѣетъ ли Б право требовать назадъ отданное имущество, или обратно — имѣетъ ли А право удержать полученное имущество? Сенатъ разрѣшаетъ данный вопросъ въ томъ смыслѣ, что обѣ стороны возвращаются въ то прежнее положеніе, въ какомъ онѣ находились до исполненія обязательства. Онѣ обязываютъ, поэтому, стороны возвратить каждой изъ нихъ принадлежавшее ей (70/982 и др.). Независимо отъ этого, возможно также искать вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные исполненіемъ запрещеннаго правомъ обязательства (70/66, 885). Общее правило о возвращеніи сторонъ въ прежнее положеніе не примѣняется, однако, нѣ тѣхъ случаяхъ, когда обѣ стороны дѣйствовали недобросовѣстно и, въ частности, преступно, потому что въ этомъ случаѣ судъ явился бы посредникомъ сторонъ, нарушающихъ право. Впрочемъ, при недобросовѣстности одной стороны, противная сторона не лишена права защищаться и требовать исполненія обязательства, развѣ только недобросовѣстность (противозаконная цѣль) выражена въ самомъ обязательствѣ или слѣдуетъ изъ его содержанія (85/63 ср. 05/94). Такой же взглядъ проведенъ и въ общегерманскомъ уложеніи: лицо, получившее удовлетвореніе, обязано возвратить полученное, если оно этимъ нарушило законъ, но оно не обязано возвращать, если лицо, чинившее удовлетвореніе, совершило подобное же нарушение, развѣ удовлетвореніе сводилось къ установленію обязательства; требовать возврата переданнаго во исполненіе обязательства нельзя (ст. 818 общегерм. улож.). Казалось бы, однако, что несправедливо оставлять въ рукахъ добросовѣстной стороны имущество, полученное отъ стороны, дѣйствовавшей противозаконно. Тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ и здѣсь повторить, что допускать такой возвратъ съ помощью суда нецѣлесообразно въ интересахъ достоинства же суда. Впрочемъ, германское право, правда въ одномъ частномъ случаѣ, требуетъ, чтобы рабочій, получившій расплату за свой трудъ натурой вмѣсто денегъ, передалъ полученное, поскольку онѣ этимъ обогатился, въ кассу помощи или въ подобныя благотворительныя учрежденія (§ 116 Уст. пром.).

в. Безправственнымъ будетъ всякое дѣйствіе, противорѣчащее нравственности (ст. 2151, 67/411, 78/11, 82/150), добрымъ нравамъ или, по выраженію нашего закона, —

„благочинію и общественному порядку“ (ст. 1528). Впрочемъ, на дѣлѣ, не всегда легко установить безнравственность дѣйствія. Казалось бы, проще всего при этомъ руководствоваться распространенными народными взглядами. Однако, въ этомъ случаѣ судъ можетъ явиться защитникомъ и безнравственныхъ взглядовъ, разъ они общенародны. Суду приходится, поэтому, руководствоваться соображеніями о нравственности болѣе высокими, раздѣляемыми лучшими представителями народной массы. Отсюда нашъ сенатъ правильно отказывается, напр., въ защитѣ исковъ посредниковъ (свахъ) при заключеніи брачныхъ договоровъ (67/70, 98/82), хотя въ обществѣ и принято вознаграждать такихъ посредниковъ. Все сказанное выше (подъ буквою б) о недопустимости дѣйствій противоправныхъ, какъ объекта права, приложимо и къ дѣйствіямъ безнравственнымъ. Поэтому и здѣсь слѣдуетъ подчеркнуть, что „тотъ, кто при своемъ искѣ самъ долженъ обличить себя въ безнравственности, такъ что ему самый искъ свой приходится обосновывать своей же безнравственностью, тотъ не можетъ предъявлять иска“ (Колеръ, стр. 99).

г. Дѣйствіемъ безразличнымъ будетъ лишь такое, которое 1) не имѣетъ серьезнаго интереса для кредитора, и притомъ 2) не имѣетъ этого интереса въ той области жизни, которая опредѣляется гражданскимъ правомъ. Поэтому все то, что лежитъ за предѣлами даннаго права, не считается дѣйствіемъ въ правѣ, хотя бы оно и было не лишено для лица серьезнаго интереса. Такъ, напр., прогулки, посѣщеніе музеевъ, религіозныя вѣрованія и т. п., несмотря на всю ихъ серьезность для лица, очевидно, сами по себѣ лежатъ за предѣлами гражданского права. Со взглядомъ на дѣйствіе, какъ на объектъ права, имѣющее въ области гражданского права лишь серьезный интересъ, а не только имущественный, далеко не всѣ согласны. Одни требуютъ для дѣйствія, чтобы самъ кредиторъ получалъ отъ его исполненія какую-нибудь имущественную выгоду. Другіе довольствуются тѣмъ, чтобы кредиторъ получалъ эту выгоду, по крайней мѣрѣ, для третьихъ лицъ. Это значитъ, что если, напр., третьи лица получаютъ удовольствіе отъ катанья на лодкѣ, оплачиваемаго другимъ лицомъ, то это удовольствіе будетъ дѣйствіемъ, имѣющимъ имущественную цѣнность. Въ этомъ случаѣ понятіе объ имущественной выгодѣ рас-

ширятся до понятія имущественной цѣнности дѣйствія для третьихъ лицъ. Съ указаннымъ воззрѣніемъ на дѣйствіе въ правѣ, какъ имѣющее лишь имущественный интересъ (цѣнность) для кредитора, нельзя вполне согласиться. Гражданскій порядокъ охраняетъ не только имущества, но и вообще интересы людей *).

II. Виды дѣйствій, какъ объекта права.

1. Прежде всего различаютъ виды дѣйствій въ правѣ въ зависимости отъ а) дѣлимости и б) опредѣленности дѣйствія, такъ какъ эти свойства дѣйствія не безразличны для гражданского права.

а. Дѣлимымъ дѣйствіемъ называется такое, которое можетъ быть исполнено по частямъ, безъ измѣненія свойства и уменьшенія цѣнности всего обязательства. Всѣ остальные дѣйствія будутъ недѣлимы. Недѣлимость дѣйствія наступаетъ 1) въ силу недѣлимости самой вещи, на которую направлено дѣйствіе. Напримѣръ, нельзя передать по частямъ проданную фабрику безъ измѣненія свойства и уменьшенія ея цѣнности (ст. 1396), или передать по частямъ живую лошадь (§ 14. 2 в). 2) Далѣе, въ силу недѣлимости самаго дѣйствія, т. е. невозможности вообще исполненія его по частямъ. Напр., при заказѣ портной, совершившій часть работы, не считается выполнившимъ взятой имъ работы (ст. 2217). Наконецъ, въ силу соглашенія дѣйствіе, само по себѣ дѣлимое, признается недѣлимымъ. Напр., нельзя доставить условленное количество хлѣба по частямъ, если была условлена доставка сразу всего количества хлѣба (ср. ст. 1530). Обыкновенно отрицательныя дѣйствія относятъ къ недѣлимымъ дѣйствіямъ (спорио).— О юридическомъ значеніи дѣлимости дѣйствія см. выше (§ 31 II 1).

б. *Вполнѣ опредѣленнымъ дѣйствіемъ будетъ такое, которое заранее точно извѣстно, какъ предметъ обяза-*

*) См. § 10 2 б (прим.). С. Бѣляцкинъ, О возмѣщеніи моральнаго (неимущественнаго) ущерба. Докладъ (см. *П р а в о*, 1910 № 52).

тельства. Если же такой извѣстности заранее нѣтъ, то данное дѣйствіе не будетъ вполне опредѣленнымъ. Такъ, 1) если дѣйствіе направлено на передачу замѣнимыхъ вещей (§ 14 2 е), то какія именно вещи будутъ переданы—это выяснится съ момента выдѣленія этихъ вещей, въ цѣляхъ исполненія обязательства. 2) Равнымъ образомъ, предметомъ обязательства можетъ быть одно изъ нѣсколькихъ условленныхъ дѣйствій по выбору должника или кредитора.—Въ первомъ случаѣ обязательство съ дѣйствіемъ, направленнымъ на замѣнимую вещь, называется генерическимъ, во второмъ—обязательство, въ коемъ можетъ исполнено одно изъ условленныхъ дѣйствій, называется альтернативнымъ. О юридическомъ значеніи тѣхъ и другихъ обязательствъ см. выше (§ 31 II 2 и 3).

2. Среди дѣйствій, имѣющихъ особое значеніе для обязательственнаго права, различаютъ, далѣе, дѣйствія направленные а) на деньги, б) проценты, в) интересъ и г) штрафъ.

а. Платежъ денегъ дѣлимъ и можетъ быть погашаемъ всѣми денежными знаками, признанными въ государствѣ законнымъ платежнымъ средствомъ. Впрочемъ, кредиторъ не обязанъ принимать погашенія долга по частямъ. Исключеніе сдѣлано для векселей (ст. 47 уст. век.) и, по рѣшенію судьи, для долговъ отвѣтчиковъ, не имѣющихъ наличныхъ средствъ (ст. 136 Уст. Гр. Суд., ст. 91 Произв. суд. дѣл. зем. нач.).

б. Подъ процентами понимается плата за пользованіе чужимъ капиталомъ, вычисленная въ тѣхъ же единицахъ, въ какихъ и капиталъ: столько-то единицъ со ста единицъ капитала. Подъ капиталомъ обыкновенно разумѣются деньги, но капиталомъ можетъ быть также и извѣстное количество чужихъ замѣнимыхъ вещей. Процентныя обязательства представляютъ въ гражданскомъ правѣ особый интересъ съ т. зр. ростовщичества (см. выше § 31 II 3). Проценты относятся къ плодамъ (§ 14. 2 ж).

в. Подъ интересомъ, какъ особымъ предметомъ обязательственнаго права, разумѣютъ разницу въ имущественномъ положеніи того или другого лица, происшедшую вслѣдствіе какого-либо факта. Короче, это есть ущербъ, за который въ извѣстныхъ случаяхъ обязано отвѣчать какое-либо другое лицо. Такая отвѣтственность, — возмѣщеніе ущерба наступаетъ или по

винѣ какого-либо лица, или и за простой случай (§ 10), или въ силу особаго о томъ соглашенія, напр., при договорахъ страхованія и поручительства. Ущербъ можетъ состоять въ прямомъ уменьшеніи имущества,—это т. н. прямой ущербъ,—или же въ лишеніи доходовъ и другихъ выгодъ, которые могъ получить потерпѣвшій, если бы не наступилъ вредящій фактъ. Это—т. н. косвенный ущербъ.

г. Штрафомъ называется такое имущественное взысканіе, въ которомъ одно лицо уплачиваетъ извѣстное количество денегъ или другихъ какихъ-либо цѣнностей въ пользу потерпѣвшаго, независимо отъ возмѣщенія ущерба. Так. обр., штрафъ есть не только уменьшеніе имущества виновнаго лица, но и обогащеніе лица потерпѣвшаго. Такимъ штрафомъ въ русскомъ правѣ является, напр., неустойка.

§ 31. Виды обязательственныхъ правъ.

1. Понятіе о видахъ обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

1. *Обязательственныя права такъ же, какъ и вещныя права (§ 15), раздѣляются на виды.*

Однако, раздѣленіе на виды вышеуказанныхъ правъ покоится на различныхъ основаніяхъ. Въ вещномъ правѣ основаніемъ дѣленія на виды служитъ неодинаковый объемъ проявленія вещной власти. Въ обязательственномъ правѣ объемъ проявленія обязательственной власти почти одинъ и тотъ же. Основаніе дѣленія обязательственныхъ правъ на виды лежитъ, поэтому, въ области различныхъ случайныхъ обстоятельствъ, вліяющихъ на обязательственное право въ какомъ-либо отношеніи, небезразлично для гражданскаго оборота. Всѣ эти обстоятельства можно раздѣлить на три группы, и всѣ виды обязательственныхъ правъ распадутся также на три группы. Первая—обязательственныя права, различающіяся по объекту, вторая—по субъекту и третья—по содержанію обязательственнаго права.

2. *Слѣдуетъ еще замѣтить, что виды обязательственныхъ правъ, для краткости, называютъ просто видами обязательствъ.*

Такое болѣе краткое названіе обязательственнаго права обязательствомъ объясняется тѣмъ, что это послѣднее слово обозначаетъ не только обязанность должника, но и право кредитора требовать отъ должника исполненія его обязанности.

II. Виды обязательственныхъ правъ по объекту.

Особыми обязательствами, съ точки зрѣнія объекта, будутъ: 1. обязательства недѣлимыхъ, 2. генерическія, или родовыя, въ частности, денежные и 3. альтернативныя.

1. *Недѣлимымъ обязательствомъ будетъ такое, въ которомъ дѣйствіе, какъ предметъ обязательства, недѣлимо (см. 30. II. 1. а).*

Юридическое значеніе недѣлимыхъ обязательствъ обнаруживается въ слѣдующемъ. Во-первыхъ, въ невозможности исполненія недѣлимаго обязательства по частямъ какъ однимъ должникомъ, такъ равно и нѣсколькими. Въ послѣднемъ случаѣ всѣ должники обязаны также выполнить обязательство вмѣстѣ и цѣликомъ, а не каждый свою часть. Впрочемъ, необходимо подчеркнуть, что власть кредитора проявляется здѣсь въ такомъ видѣ только потому, что дѣйствіе недѣлимо (ср. III 2). Во-вторыхъ, въ необходимости выполненія недѣлимаго обязательства передъ всѣми кредиторами, если ихъ имѣется нѣсколько въ какомъ-либо обязательствѣ.

2. *Родовымъ, или генерическимъ обязательствомъ называется такое, въ которомъ дѣйствіе, какъ предметъ обязательства, направлено на передачу генерическихъ, замѣнимыхъ вещей (§ 14. 2. г).*

Юридическое значеніе генерическихъ, или родовыхъ обязательствъ сводится къ слѣдующему. Во-первыхъ, къ болѣе строгой отвѣтственности должника, именно, къ отвѣтственности и за случайную гибель замѣнимой вещи, т. е. „родъ погибнуть не можетъ“. Во-вторыхъ, къ пріобрѣтенію права собственности по генерическимъ обязательствамъ путемъ выдѣленія замѣнимыхъ вещей изъ общей массы, напр., путемъ выдѣленія проданнаго количества зерна изъ общей массы хлѣба. Нашъ сенатъ идетъ еще дальше и требуетъ передачи выдѣленныхъ вещей (80/94 и

288, см. § 17 II 1. в 4). Генерическія, или родовыя обязательства противопологаются видовымъ, въ которыхъ дѣйствіе направлено на передачу предмета, опредѣленнаго индивидуальными признаками.

Какъ особый видъ родовыхъ обязательствъ, денежное обязательство направлено на передачу особыхъ замѣнимыхъ вещей—денегъ.

Юридическое значеніе денежныхъ обязательствъ преимущественно сказывается въ тѣхъ случаяхъ, когда они сопровождаются особымъ соглашеніемъ о процентахъ—денежныя процентныя обязательства (заемъ). Соглашеніе о процентахъ необходимо у насъ вслѣдствіе того, что условіе о процентахъ не составляетъ обыкновенной принадлежности займа (§ 6. II. 1; 77/6, 140/281)*). Юридическое значеніе денежныхъ процентныхъ обязательствъ обнаруживается, далѣе, въ недействительности займа при ростовщичествѣ. Впрочемъ, по нашему праву, въ случаѣ ростовщичества, заемное обязательство остается дѣйствительнымъ, и недействительно лишь условіе о процентахъ. Напротивъ, германское право поражаетъ недействительностью и самое заемное обязательство. Личо, получившее деньги въ заемъ, не обязано, поэтому, вернуть ихъ займодавцу. Так. обр., германское право рѣшительнѣе стремится уничтожить ростовщичество, чѣмъ это дѣлаетъ наше русское право (о ростовщичествѣ см. заемъ).

3. *Альтернативнымъ называется такое обязательство, въ которомъ должникъ обязанъ исполнить одно изъ нѣсколькихъ условленныхъ дѣйствій по выбору своему или кредитора, если право выбора было предоставлено кредитору.*

Въ нашихъ гражданскихъ законахъ нѣтъ прямыхъ постановленій, регулирующихъ альтернативныя обязательства. Однако, уже въ силу извѣстной ст. 1530 т. X ч. 1, необходимо допустить существованіе въ нашемъ правѣ альтернативныхъ обязательствъ. Въ частности, право выбора будетъ, конечно, принадлежать тому.

*) Сенатъ говоритъ, что условіе о процентахъ не составляетъ существенной принадлежности займа (§ 6. I. 2).

лицу, которому оно предоставлено соглашеніемъ сторонъ. Если же право выбора не предусмотрено въ договорѣ, то обязательство, по мнѣнію однихъ (Пахмана и Оршанскаго), недействительно, по мнѣнію же другихъ (Мейеръ), право выбора принадлежитъ во всякомъ случаѣ должнику. Последнее мнѣніе, болѣе правильное, основывается на ст. 1539, пунктѣ пятомъ, согласно которому „въ случаѣ равнаго съ обѣихъ сторонъ недоумѣнія, сила его (договора) изъясняется болѣе въ пользу того, кто обязался что-либо отдать или исполнить, по тому уваженію, что отъ противной ему стороны зависѣло опредѣлить предметъ обязательства съ болѣею точностію“.—Какъ только выборъ дѣйствія состоялся, наступаетъ уже неизмѣняемость обязательства. Оно пріобрѣтаетъ точность и должно быть выполнено въ такомъ видѣ, т. к. „договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ“ (ст. 1536).—Альтернативное обязательство можетъ превратиться въ простое обязательство, въ случаѣ невозможности выполненія всѣхъ условленныхъ дѣйствій, за исключеніемъ какого-либо одного. Этой обрацаемостью альтернативное обязательство рѣзко отличается отъ факультативнаго. Въ последнемъ имѣется также нѣсколько условленныхъ дѣйствій, но невозможность выполненія главнаго дѣйствія влечетъ за собою свободу отъ исполненія и всѣхъ другихъ дѣйствій, условленныхъ взаимнъ главнаго. Такъ, напр., если наследодатель обязалъ наследника факультативно передать кому-либо лошадь или уплатить двѣсти рублей, то, вслѣдствіе случайной гибели лошади, наследникъ не обязанъ выдать назначенному лицу двѣсти рублей. Напротивъ, при альтернативномъ обязательствѣ наследникъ былъ бы обязанъ уплатить двѣсти рублей.—Отъ альтернативнаго обязательства, какъ вытекающаго изъ договора, слѣдуетъ, далѣе, отличать особый видъ альтернативнаго обязательства, устанавливаемаго закономъ, именно, въ случаяхъ вознагражденія за правонарушеніе. Такъ, въ силу ст. 673 т. X ч. 1 лицо, истребившее или повредившее какое-либо имущество, обязано къ одному изъ слѣдующихъ дѣйствій: привести имущество въ прежнее состояніе или заплатить деньги для исправленія поврежденнаго имущества или даже заплатить

всю сумму стоимости истребленного или поврежденного имущества. Ср. также ст. 683.

III. Виды обязательственных прав по субъекту.

Особыми обязательствами съ точки зрѣнія ихъ субъектовъ будутъ: 1. обязательства долевыя, 2. совокупныя или солидарныя и 3. обязательства съ круговой отвѣтственностью должниковъ другъ за друга.

1. *Долевымъ называется такое обязательство, въ которомъ каждый изъ должниковъ обязанъ исполнить только свою долю дѣйствія (пассивно-долевое обязательство), или каждый изъ кредиторовъ имѣетъ право только на свою долю дѣйствія должника (активно-долевое обязательство).*

Так. обр., долевое обязательство, въ противоположность простому, предполагаетъ множественность должниковъ или кредиторовъ въ одномъ обязательствѣ (такой множественности нѣтъ, конечно, при обязательствѣ юридического лица). Причемъ дѣйствіе, какъ предметъ обязательства, должно быть непременно дѣлимымъ (71/1218, 86/24, 87/95); въ противномъ случаѣ, при недѣлимости дѣйствія будетъ имѣть мѣсто обязательство недѣлимое (II 1). Долевыя обязательства предусмотрены стт. 1548 (при договорѣ), 1558 п. 5 (при поручительствѣ), 648—650 (при отвѣтственности за вредъ и убытки, происшедшіе отъ учиненія многими преступленія или проступка), 224 Пол. о каз. пост. и подр. (при договорѣ товарищества на паяхъ) и 1259 п. 1 (при переходѣ наслѣдства). Перечисленныя постановленія русскаго законодательства вполне подтверждаютъ существованіе у насъ долевыхъ обязательствъ. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатъ (71/1218 и др.). Что же касается размѣра долей, то эти доли согласно сенатской практикѣ (71/1218 и др.), предполагаются равными, если только части правъ и обязательствъ не опредѣлены ни закономъ (ст. 1558 п. 5, 642—650, 1259), ни договоромъ (ст. 1530 т. X, ч. 1 и стт. 634, 1996 т. XI ч. 2), ни судебнымъ рѣшеніемъ (ст. 1558 п. 5 и стт. 648—650, 684).

2. *Солидарнымъ, или совокупнымъ называется такое обязательство, въ силу котораго любой изъ должниковъ*

обязанъ исполнить все дѣйствіе (пассивно-солидарное обязательство) или любой изъ кредиторовъ имѣетъ право требовать отъ должника исполненія всего дѣйствія (активно солидарное обязательство).

Так. обр., солидарное, или совокупное обязательство также предполагаетъ множественность должниковъ или кредиторовъ въ одномъ обязательствѣ. Однако, въ отличіе отъ долевого обязательства, солидарное, или совокупное обязательство повышаетъ размѣръ отвѣтственности должника или увеличиваетъ право кредитора на все дѣйствіе цѣликомъ, а не на часть права или обязанности, какъ въ долевымъ обязательствѣ. Оно отличается, да-лѣе, и тѣмъ, что солидарное обязательство м. б. направлено на дѣйствіе, какъ дѣлимое, такъ и недѣлимое—безразлично. Въ послѣднемъ случаѣ солидарное обязательство нельзя смѣшивать, однако, съ недѣлимымъ обязательствомъ, т. к. въ случаѣ исполненія недѣлимаго обязательства путемъ возмѣщенія или вознагражденія за неисполненіе обязательства, каждый изъ субъектовъ недѣлимаго обязательства будетъ отвѣчать лишь въ своей части, а не солидарно. Слѣдовательно, недѣлимое обязательство имѣетъ по необходимости лишь внѣшній видъ обязательства солидарнаго.—Терминъ солидарное обязательство неизвѣстенъ нашему законодательству. Нашъ законъ знаетъ выраженія: „каждый за всѣхъ и всѣ за cadaго“ вмѣсто термина „солидарно“ (ст. 1548), или еще „другъ за друга“ (т. XI ч. 2 ст. 634) и „совокупно“ (ст. 1558 п. 5). Сенатъ же употребляетъ такіа выраженія: „вообще“, „нераздѣльно“, а самыя обязательства называетъ совокупными (71/1218 и др.).

Въ числѣ видовъ солидарнаго обязательства, кромѣ вышеупомянутыхъ пассивно - и активно - солидарныхъ, слѣдуетъ называть: обязательства безусловно - и условно - солидарныя (ст. 648 и 1558 п. 5), обязательства солидарныя въ части или во всемъ объемѣ (ст. 1530) и солидарныя обязательства въ зависимости отъ тѣхъ основаній, въ силу которыхъ они возникаютъ. Такія основанія возникновенія солидарныхъ обязательствъ суть: 1) договоръ, 2) завѣщаніе и 3) законъ.

1) По договору солидарное обязательство возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда солидарность его установлена дого-

варивающимися сторонами (ст. 1548—доказательство отъ противнаго). Поэтому солидарность обязательства никогда не предполагается. Сенать не требуетъ, однако, чтобы солидарность была прямо предусмотрѣна сторонами. Онъ считаетъ достаточнымъ, если солидарность вытекаетъ изъ существа юридическихъ отношеній между сторонами, и даже признаетъ солидарность, установленную самымъ свойствомъ договора (75/216, 427, 76/537 и др.; ср. также 72/405: солидарность сопоставщиковъ, 73/258, 75/794: солидарность сопродавцовъ и сопокупщиковъ). Наконецъ, сенать предоставляетъ суду право выводить солидарную отвѣтственность изъ общаго смысла договора, относя такой выводъ суда къ существу дѣла (72/405).

2) По завѣщанію солидарное обязательство, конечно, можетъ возникнуть, если будетъ на то направлена воля завѣщателя. Такъ, завѣщатель можетъ обязать своихъ наследниковъ солидарною отвѣтственностью передъ тѣми лицами (отказоприимателями), которымъ онъ что-либо отказалъ (ст. 1010 и 1086).

3) По закону солидарная отвѣтственность установлена въ товариществѣ полномъ (ст. 2134, 70/1866, 1879) и для векселей, хотя бы и потерявшихъ силу вексельнаго права (ст. 30 Уст. о век.).—Въ частности, слѣдуетъ замѣтить, что судебное рѣшеніе не можетъ быть основаніемъ возникновенія солидарности, т. к. судебнымъ рѣшеніемъ утверждаются права гражданъ, а не создаются вновь (ср. § 32 3).

Послѣдствія пассивно-солидарнаго обязательства обнаруживаются: 1) прежде всего въ томъ, что кредиторъ можетъ обратить требованіе къ любому изъ должниковъ во всей суммѣ, имѣя въ то же время право предъявить искъ къ каждому изъ остальныхъ должниковъ—даже послѣ того, какъ рѣшеніе по предъявленному иску состоялось (75/216, 427, 84/78, 86/24). Впрочемъ, если солидарная отвѣтственность не установлена какъ безусловная (III 2: виды солидарныхъ обязательствъ), то каждый изъ должниковъ, въ случаѣ обращенія къ нему взысканія во всей суммѣ, въ правѣ требовать раздѣленія долга, подъ условіемъ взысканія съ него того, что не допущено съ другихъ (86/24). 2) Въ активно-солидарномъ же обязательствѣ любой изъ кредиторовъ имѣетъ право взыскать съ должника весь долгъ. Таковы

послѣдствія солидарныхъ обязательствъ. Эти послѣдствія въ собственномъ смыслѣ, затрагивающія отношенія между вѣрителями и должниками, необходимо отличать отъ 3) послѣдствій: особо для вѣрителей и особо для должниковъ. Такъ, въ зависимости отъ различныхъ обстоятельствъ какъ кредиторы, такъ и должники могутъ имѣть право регресса въ отношеніи другихъ кредиторовъ и должниковъ. Подъ правомъ регресса разумѣется здѣсь возможность для кредитора требовать отъ кредитора, взыскавшаго съ должника весь долгъ, своей соотвѣтствующей части, или возможность для должника, уплатившаго весь долгъ, стать на мѣсто кредитора (при поручительствѣ—ст. 1558 п. 3 и 1561), или даже требовать отъ остальныхъ должниковъ возвращенія ему соотвѣтствующихъ частей уплаченного долга *). Солидарность прекращается, конечно, съ исполненіемъ обязательства. Однако независимо отъ этого, въ силу различныхъ обстоятельствъ, солидарность можетъ прекратиться для отдѣльныхъ лицъ, участвующихъ въ солидарномъ обязательствѣ. Такъ напр., замѣна при исполненіи условленного дѣйствія другимъ дѣйствіемъ прекращаетъ солидарность обязательства. Или, еще напр., исковая давность погашаетъ солидарное обязательство въ отношеніи всѣхъ лицъ, которымъ кредиторъ не предъявилъ иска въ давностный срокъ (85/82).

3. *Въ отличіе отъ солидарныхъ обязательствъ, обязательства съ круговою отвѣтственностью должниковъ другъ за друга будутъ такіа, въ которыхъ кредиторъ можетъ предъявить искъ къ каждому изъ должниковъ а) только въ его части, и, б) лишь въ случаѣ невыполненія однимъ изъ должниковъ своей части обязательства, эта часть раскладывается на всѣхъ остальныхъ должниковъ.*

а. Обязательство съ круговой отвѣтственностью нельзя смѣшивать также съ условною солидарною отвѣтственностью. Въ случаѣ неуплаты части долга однимъ изъ должниковъ, эта часть не раскладывается на другихъ должниковъ, а можетъ быть взыскана, по желанію кредитора, съ любого изъ должниковъ.

*) Гольмстенъ, Опытъ построенія общаго ученія о правѣ регресса (см. Ж. М. Ю. за 1911 г. № 9).

б. Обязательства съ круговою отвѣтственностью нельзя, да-
лѣе, смѣшивать и съ долевыми обязательствами, т. к. въ послѣд-
нихъ нѣтъ именно отвѣтственности должниковъ другъ за друга.
Обязательства крестьянскаго общества могутъ служить примѣра-
ми обязательствъ съ круговою отвѣтственностью (69 724).

IV. Виды обязательственныхъ правъ по содержанію обязательства.

Содержаніе обязательства составляетъ дѣйствіе, какъ пред-
метъ обязательства. Это дѣйствіе можетъ выражаться, конечно,
и въ бездѣйствіи—отрицательномъ дѣйствіи (§ 30 I 1). Что же
касается положительнаго дѣйствія, то оно можетъ быть напра-
влено: 1. на передачу вещей и вещныхъ правъ, 2. на всѣ дѣй-
ствія, не содержащія передачи вещей и вещныхъ правъ, и 3. на
такія дѣйствія, которыя совершаются взамѣнъ неисполненныхъ
дѣйствій.

1. *Обязательства, направленные на передачу вещей и
вещныхъ правъ, не слѣдуетъ смѣшивать со способами воз-
никновенія вещныхъ правъ.*

Изъ обязательства возникаетъ лишь обязанность передать
вещь или установить вещное право, а не самое вещное право.
Поэтому неправильно говорить нашъ законъ, что предметомъ до-
говора могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ (ст. 1528).
Лишь въ результатѣ дѣйствія могутъ быть пріобрѣтены имуще-
ства. Наше право знаетъ, однако, соглашеніе, какъ способъ воз-
никновенія вещныхъ правъ (§ 17 II 3).

2. *Всѣ обязательства, не направленные на передачу
вещей и вещныхъ правъ, составляютъ особый видъ обяза-
тельствъ, весьма богатый по содержанію.*

Эти обязательства занимаютъ вполне самостоятельное
положеніе, не зависимое отъ вещнаго права. Наиболѣе распро-
страненнымъ обязательствомъ такого вида будетъ наемъ.

3. *Обязательства, направленные на дѣйствіе взамѣнъ
условленнаго, но не исполненнаго дѣйствія, суть обязатель-
ства, вытекающія изъ нарушенія должникомъ права кре-
дитора.*

Къ нимъ относятся обязательства по возмѣщенію за вредъ и убытки, причиненные неисполненіемъ договора (ст. 570 ср. 574). Отъ этого вида обязательствъ слѣдуетъ отличать виѣдоговорныя обязательства, вытекающія изъ всякихъ другихъ правонарушеній и событій. Сюда подойдутъ обязательства за вредъ и убытки, возникающія изъ правонарушенія въ силу ст. 644 и сл., и всѣ остальные обязательства за вредъ и убытки, хотя бы они возникали не изъ договора и не изъ правонарушенія (ст. 684). Указанное различіе не имѣетъ, однако, большого юридическаго значенія. Во-первыхъ, по общему правилу отвѣтственность по всѣмъ вышеупомянутымъ обязательствамъ возникаетъ вслѣдствіе вины и, по исключенію, за случай (§ 10. 3). Впрочемъ, отвѣтственность за случай можетъ составить предметъ особаго обязательства. Такое обязательство или возникаетъ изъ договора (напр., страхованія), или же прямо предусматривается самимъ закономъ (отвѣтственность желѣзно-дорожныхъ и другихъ предпріятій (§ 31 IV 3). Во-вторыхъ, всѣ обязательства, упомянутыя выше въ п. 3, направлены на возмѣщеніе вреда и убытковъ преимущественно путемъ уплаты денегъ и, слѣдовательно, въ большинствѣ случаевъ составляютъ лишь спеціальнй видъ обязательствъ, направленныхъ на передачу вещей, именно—денегъ.

V. Натуральныя обязательства.

Среди перечисленныхъ видовъ обязательствъ по объекту, субъекту и содержанію обязательства, совершенно своеобразное мѣсто занимаютъ натуральныя обязательства.

1. *Натуральными называются такія обязательства которыя, будучи сами по себѣ дѣйствительны, не могутъ быть, однако, защищаемы путемъ иска, въ случаѣ нежеланія должника исполнить ихъ добровольно*).*

Поэтому натуральныя обязательства называютъ также **н е и с к о в ы м и**. Своеобразность положенія натуральныхъ обязательствъ объясняется тѣмъ, что эти обязательства, создаваемые

*) Само собою понятно, что невозможно предъявить искъ н о возмѣщеніи вреда и убытковъ, причиненныхъ неисполненіемъ натурального обязательства (ср. IV 3).

всякій разъ общественнымъ правосознаніемъ, не достигли еще своего полного признанія въ гражданскомъ правѣ. Такое объясненіе несомнѣнно правильно въ смыслѣ исходнаго момента развитія обязательства, какъ фактической основы, пригодной для признанія за ней юридической силы. Натуральныя обязательства уже однимъ названіемъ своимъ подчеркиваютъ, поэтому, ихъ естественное происхожденіе изъ самой жизни. Но такое происхожденіе не можетъ, конечно, означать того, что натуральныя обязательства не имѣютъ вовсе юридической силы. Сила эта, несмотря на невозможность защиты обязательства искомъ, можетъ выражаться во многихъ другихъ юридическихъ послѣдствіяхъ. Скала этихъ юридическихъ послѣдствій, начинаясь съ минимальнаго послѣдствія (невозможности требовать возврата добровольно исполненнаго долга), восходитъ до максимальнаго послѣдствія (зачета искового долга неисковымъ, натуральнымъ долгомъ).—Натуральныя обязательства, извѣстныя римскому праву, признаны также французскимъ и германскимъ законодательствами, хотя послѣднее и не называетъ прямо такихъ обязательствъ натуральными (Общегер. улож. § 222). Признаніе натуральныхъ обязательствъ нашими законами сомнительно (см. ст. 570—доказательство отъ противнаго и ст. 694). Однако, наша практика не могла не ввести въ жизнь натуральныхъ обязательствъ. Именно: 1) добровольное, по истеченіи давности, исполненіе обязательства не можетъ служить основаніемъ къ повороту исполненія, а равнымъ образомъ, не подлежитъ возврату присужденное судомъ имущество, если отвѣтчикъ не защищался возраженіемъ о давности, хотя бы она и истекла (04/101; ср. § 11 3). 2) Не совершеннолѣтній, распорядившійся при удовлетвореніи долговыхъ обязательствъ такими суммами, которыя не составляли капитала въ смыслѣ 220 ст. т. X ч. 1, напр., пенсіей отца, не въ правѣ обратно требовать добровольно выданныя деньги, хотя и по недѣйствительнымъ долговымъ распискамъ (89/43). 3) Деньги, выплаченныя по игрѣ на билліардѣ, не подлежатъ возвращенію, если сама игра не была признана азартною (см. ст. 2014, 69/912, 79/368). Въ одномъ изъ старыхъ рѣшеній сенатъ признавалъ существованіе въ жизни пари, хотя и отказывалъ въ судебной ихъ защитѣ (68/269, иначе въ рѣш. 78/288: пари даютъ основаніе къ судебной защитѣ). Напротивъ, нельзя считать натураль-

нымъ обязательствомъ тотъ случай, когда лицо, по достиженіи совершеннолѣтія, признаетъ прежде выданное имъ долговое обязательство, вслѣдствіе чего становится возможнымъ взысканіе долга (67/247, 72/1149 и др.). Здѣсь признаніе можетъ быть приравнено къ установленію новаго обязательства въ старой формѣ. Проектъ гражд. ул. знаетъ также натуральныя обязательства (ст. 117).

Глава II. Возникновеніе обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

§ 32. Общій обзоръ и классификація основаній возникновенія обязательствъ.

Обязательственное право, какъ и всякое другое право, возникаетъ только при наличности извѣстныхъ юридическихъ фактовъ. Различіе этихъ фактовъ и обусловливаетъ различіе способовъ возникновенія обязательствъ.

1. Основанія возникновенія обязательствъ называютъ также источниками обязательствъ. Среди этихъ источниковъ слѣдуетъ прежде всего назвать юридическій актъ: а) двусторонній (договоръ) и б) односторонній (обѣщаніе и завѣщаніе).

а. Договоръ, какъ источникъ возникновенія обязательства, не слѣдуетъ смѣшивать съ договоромъ вообще. Такъ, договоръ можетъ быть направленъ на измѣненіе и прекращеніе обязательства. Наши гражданскіе законы прямо признаютъ договоры источниками обязательства (ст. 568).

б. Одностороннее обѣщаніе, обращаемое къ неопредѣленнымъ лицамъ (публичная оферта), считается источникомъ обязательствъ (71/114 ср. 68/269). Какъ источникъ возникновенія обязательства, признается въ нашихъ гражданскихъ законахъ и завѣщаніе. Въ силу ст. 1086, „завѣщатель можетъ обязывать своихъ наслѣдниковъ, впрочемъ лишь на время жизни ихъ, де-

нежными выдачами, когда дѣлаетъ распоряженіе о своемъ благопріобрѣтенномъ имѣніи“ (92/112 ср. 81/62).

2. *Вторымъ источникомъ возникновенія обязательствъ будетъ правонарушеніе.*

Правонарушеніе влечетъ за собою возмѣщеніе вреда или убытковъ и такимъ образомъ порождаетъ обязательство (см. § 30. IV 3).

3. *Наконецъ, послѣдній источникъ возникновенія обязательства составляетъ непосредственно гражданско-правовая норма, въ частности законъ.*

Такъ, напр., обязанность мужа содержать жену (ст. 106), обязанности родителей и дѣтей содержать другъ друга (ст. 172 и 194), обязанность вознаградить за временное принудительное занятіе недвижимыхъ имуществъ (ст. 594), обязанность вознаградить опекуна (ст. 284)—имѣютъ своимъ источникомъ непосредственное повелѣніе закона. Нѣкоторые ученые не считаютъ, однако, возможнымъ признать законъ источникомъ обязательства, т. к. законъ лежитъ въ основѣ всякаго обязательства, возникаетъ ли оно изъ юридическаго акта или правонарушенія. Тѣмъ не менѣе, можно различать законъ, какъ источникъ обязательства, дѣйствующій посредственно и непосредственно. Посредственно—когда для возникновенія обязательства необходимы юридическія дѣйствія (юридическій актъ, правонарушеніе), и непосредственно—когда такихъ дѣйствій не требуется (§ 9 1). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ законъ и можетъ быть названъ непосредственнымъ источникомъ возникновенія обязательствъ. Сюда же слѣдуетъ отнести и обязательства, возникающія изъ неосновательнаго обогащенія на чужой счетъ, т. к. такіа обязательства возникаютъ независимо отъ юридическаго акта и правонарушенія (73/713, 78/233 и др., 83/32, 91/18, 81 и др.)*).

*) Сенатъ выводилъ неосновательное обогащеніе, въ качествѣ источника возникновенія обязательствъ, изъ ст. 574. Правильнѣе, однако, основывать неосновательное обогащеніе, какъ источникъ возникновенія обязательствъ, на ст. 691: „Каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія судомъ“.

Такимъ образомъ, всѣ источники обязательствъ классифицируются по тремъ группамъ въ зависимости отъ того, возникаетъ ли обязательство посредственно: въ силу юридическаго акта (двусторонняго или односторонняго) и правонарушенія, или непосредственно: въ силу только гражданско-правовой нормы, въ частности закона. Никомъ образомъ нельзя, однако, относить къ источникамъ обязательствъ судебныя рѣшенія. Судъ, какъ извѣстно, признаетъ лишь права, а не создаетъ ихъ.— Вышеприведенная классификація источниковъ обязательствъ не есть, конечно, единственная (см., напр., классификацію, принятую у Шершеневича). Вообще слѣдуетъ замѣтить, что вопросъ о классификаціи источниковъ обязательствъ чрезвычайно труденъ.

4. Если, однако, съ юридической точки зрѣнія классификація источниковъ обязательствъ встрѣчаетъ затрудненія, то и съ экономической точки зрѣнія имѣются также свои возраженія противъ современной классификаціи.

Въ обязательствахъ, возникающихъ изъ преступленій и проступковъ, болѣе заинтересованы несостоятельные классы. Ихъ же интересы лучше всего обезпечиваетъ уголовный законъ, для всѣхъ равный. Такъ, напр., гражданскій искъ изъ изнасилованія легче и справедливѣе можетъ быть удовлетворенъ въ порядкѣ уголовного суда, чѣмъ гражданского. Отсюда дѣлается тотъ выводъ, что необходимо выдѣлить изъ гражданского права всѣ правонарушения, основанныя на преступленіяхъ и проступкахъ. Тѣмъ болѣе, что связь этихъ правонарушеній съ гражданскимъ правомъ чисто внѣшняя, выражающаяся въ имущественномъ взысканіи (Менгеръ).

§ 33. Двусторонній юридическій актъ, или договоръ, какъ источникъ обязательствъ.

Изъ всѣхъ вышеупомянутыхъ источниковъ обязательствъ (§ 32) въ отдѣльномъ разсмотрѣніи нуждается договоръ, какъ самый распространенный и наиболѣе богатый источникъ обязательствъ.

1. Понятіе о договорѣ.

1) *Подъ именемъ договора, какъ источника обязательствъ, разумѣютъ такое волеизъявленіе двухъ сторонъ,*

въ силу котораго возникаетъ обязательственное право (обязательство) для одной или обѣихъ сторонъ.

Обыкновенно опредѣляютъ договоръ, какъ соглашеніе (согласіе договаривающихся сторонъ: Проектъ ст. 1571), а не какъ особое волеизъявленіе. Однако, такое опредѣленіе договора не совсѣмъ точно. Согласіе предполагаетъ соединеніе двухъ воль, а не образованіе новой одной воли. Между тѣмъ какъ договоръ характеризуется именно тѣмъ, что онъ есть новая, единая воля (теорія единства, одиначества воль: Vereinigung, а не Uebereinstimmung). Теорію одиначества воль защищаетъ Дювернуа. Вслѣдствіе образованія новой воли (волеизъявленія) невозможно ея разъединеніе и этимъ путемъ—прекращеніе договора. Договоръ можетъ быть нарушенъ или прекращенъ новымъ договоромъ. Къ сожалѣнію, теорія одиначества воль страдаетъ нѣкоторою долею метафизики.—Слѣдуетъ еще замѣтить, что волеизъявленіе сторонъ имѣетъ нынѣ свои границы. Поэтому и воля нынѣ не вполнѣ автономна. Она ограничивается требованіемъ защиты слабой стороны противъ сильной (принципъ ограниченія свободы воли). Примѣромъ можетъ служить коллективный договоръ личнаго найма.

2. *Для совершенія договора необходимы два элемента: а) предложеніе вступить въ договоръ (юридическая офферта) и б) принятіе этого предложенія (юридическая акцепта).*

а. Юридическую офферту необходимо отличать отъ офферты торговой. Различіе между ними сводится къ тому, что принятіе торговой офферты не ведетъ за собою совершенія договора. Напр., посылка прейсъ-курантовъ кліентамъ будетъ лишь торговой оффертой. Для того, чтобы возникъ договоръ покупки какой-либо вещи, отмѣченной въ прейсъ-курантѣ, для этого необходимо, чтобы кліентъ съ своей стороны сдѣлалъ предложеніе (юридическую офферту) магазину купить данную вещь и чтобы магазинъ принялъ это предложеніе. Так. обр., внѣшнимъ признакомъ, отличающимъ юридическую офферту отъ торговой, будетъ такая опредѣленность формулировки офферты, благодаря которой лицу, принимающему офферту, достаточно такъ или иначе выразить свое согласіе, чтобы договоръ возникъ. Такой опредѣленности

торговая офферта не имѣетъ.—Лицо, дѣлающее предложеніе, юридическую офферту, называется *офферентомъ*.—Юридической акцептой будетъ такое выраженіе согласія на обращенную къ данному лицу юридическую офферту, за которой наступаетъ совершеніе договора. Лицо, принимающее предложеніе, называется *акцептантомъ*.

3. *Однако, юридическая офферта и юридическая акцепта влекутъ за собою совершеніе договора лишь при томъ условіи, если акцепта покрыла офферту.*

Подъ такимъ покрытіемъ разумѣютъ полное совпаденіе двухъ воль и, вслѣдствіе этого, превращеніе ихъ въ одну волю, послѣ чего уже невозможно ихъ разъединеніе (I 1). Совершеніе договора, наступающее вслѣдствіе покрытія офферты акцептою, называется *перфекціей*.—Въ нашихъ гражданскихъ законахъ не имѣется, конечно, постановленій объ элементахъ договора, но общегерманское уложеніе совершенно правильно указываетъ на нихъ (ст. 145 и сл.).

II. Виды договоровъ.

1. *Договоры прежде всего дѣлятся на двусторонніе и односторонніе.*

Двустороннимъ называется такой договоръ, по которому обѣ стороны принимаютъ на себя обязательства. Напр., при куплѣ-продажѣ продавецъ обязывается передать проданную вещь покупщику, а послѣдній заплатить продавцу условленную сумму денегъ. Напротивъ, договоръ, по которому только одна сторона принимаетъ на себя обязательство относительно другой стороны, называется *одностороннимъ*. Напр., при займѣ лишь одна сторона (должникъ) обязана возвратить занятыя деньги, тогда какъ лицо, дающее деньги (займодавецъ), не принимаетъ на себя обязательства дать эти деньги, ибо дача денегъ займа есть, по русскому праву, заключеніе договора; безъ такой дачи и самый договоръ займа не возникаетъ.—Необходимо строго отличать двусторонній и односторонній договоръ отъ двусторонняго и односторонняго юридического акта (§ 5 II 1).

2. *Далѣе, различаютъ договоры между присутствующими сторонами и между отсутствующими.*

Подъ именемъ договора между отсутствующими сторонами разумѣется такое волеизъявленіе двухъ сторонъ, въ которомъ акцепта не можетъ непосредственно слѣдовать за оффертой, въ виду отсутствія каждой стороны въ мѣстѣ нахожденія другой. Слѣдовательно, договоръ между отсутствующими въ отличіе отъ договора между присутствующими, характеризуется тѣмъ, что между оффертой и акцептой, прежде чѣмъ послѣдняя покрываетъ первую, необходимъ нѣкоторый промежутокъ времени, вслѣдствіе разстоянія, раздѣляющаго стороны (болѣе подробно см. ниже III).

3. Далѣе, различаютъ также договоры въ пользу самихъ сторонъ и въ пользу третьихъ лицъ.

Договоромъ въ пользу третьихъ лицъ называется такое волеизъявленіе, въ силу котораго третье лицо, не принимавшее участія въ совершеніи договора, тѣмъ не менѣе получаетъ самостоятельное право требовать его исполненія я въ свою пользу (болѣе подробно см. IV).

4. Наконецъ, слѣдуетъ назвать еще договоры безмездные (дарственные) и возмездные, мнимые и притворные, абстрактные и обоснованные, главные и дополнительные.

См. § 5 II 1 и § 6 I 2 б. — Вообще слѣдуетъ замѣтить, что виды двустороннихъ юридическихъ актовъ будутъ въ то же время видами договоровъ, т. к. сами договоры являются видомъ юридическаго акта. Въ частности, судьба дополнительнаго договора находится въ полной зависимости отъ судьбы главнаго договора. Дополнительными договорами будутъ, напримѣръ, неустойка и поручительство.

III. Договоръ между отсутствующими.

Договоръ между отсутствующими (см. понятіе о немъ выше II 2) влечетъ за собою особыя юридическія послѣдствія, неизвѣстныя договору между присутствующими. Эти особенности связываются какъ съ обоими элементами заключенія договора (оффертой и акцептой), такъ и съ его совершеніемъ (перфекціей).

1. Такими послѣдствіями для офферты будутъ: а) возможность парализовать офферту, пока она идетъ къ

акцептанту, и б) существованіе ея несмотря на смерть офферента.

а. Офферта можетъ быть парализована какимъ-либо быстрымъ способомъ увѣдомленія акцептанта; напр., если офферта сдѣлана въ видѣ письма, то легко ее парализовать путемъ телеграфнаго увѣдомленія объ отказѣ отъ нея. Во всякомъ случаѣ, одновременное полученіе офферты и отказа отъ нея парализуетъ офферту.

б. Смерть офферента дѣлаетъ невозможнымъ заключеніе договора между присутствующими. Между тѣмъ какъ въ договорѣ между отсутствующими смерть офферента сама по себѣ не прекращаетъ идущую къ акцептанту офферту. Такое правило, принятое общегер. уложеніемъ, оправдывается, конечно, интересами гражданскаго оборота (ст. 153).

2. Особыми юридическими послѣдствіями для акцепты будутъ: а) возможность парализовать акцепту, пока она идетъ къ офференту, и б) связанность офферента срокомъ ожиданія акцепты.

а. Офферта можетъ быть парализована такимъ же способомъ, какъ и акцепта.

б. Срокъ ожиданія связываетъ офферента тѣмъ, что онъ не можетъ въ теченіе опредѣленнаго періода времени отказаться отъ заключенія договора, а обязанъ ждать акцепты. Срокъ ожиданія опредѣляется различно: 1) временемъ, необходимымъ для полученія акцепты тѣмъ же способомъ, какимъ послана офферта (почтой, телеграфомъ), 2) заведеннымъ порядкомъ и 3) срокомъ, установленнымъ самимъ офферентомъ. Въ видѣ исключенія допускается, однако, связанность офферента ожиданіемъ акцепты и по прошествіи срока ожиданія. Именно, если акцепта запаздаетъ въ дорогѣ безъ вины акцептанта, то офферентъ обязанъ немедленно увѣдомить о томъ акцептанта. Въ противномъ случаѣ акцепта будетъ дѣйствительной, и договоръ совершится. Правило это принято въ общегер. улож. (ст. 149) въ интересахъ акцептанта, который заранее не можетъ навѣрное знать, дошла ли акцепта безъ его вины къ офференту. За этимъ

исключеніемъ, запоздавшая акцепта разсматривается, какъ новая офферта (ст. 150).

3. Перфекція договора наступаетъ съ полученіемъ акцепты офферентомъ, если эта акцепта покрываетъ офферту.

Поэтому акцепта, хотя бы и немного расширяющая, ограничивающая или измѣняющая офферту, считается отклоненіемъ ея; новой оффертой (ст. 150 общегер. улож.). Полученіе акцепты можно понимать двояко: 1) въ смыслѣ усвоенія полученной акцепты сознаниемъ офферента, напр., путемъ прочтенія (теорія воспріятія) или 2) въ смыслѣ лишь возможности усвоенія полученной акцепты сознаниемъ офферента (теорія полученія). Согласно теоріи полученія, перфекція наступитъ, если акцепта находится въ такомъ положеніи, что лишь отъ офферента зависитъ узнать ея содержаніе, напр., акцепта находится въ почтовомъ ящикѣ офферента или лежитъ у него на столѣ. Теорія полученія общепринята въ гражданскомъ оборотѣ, т. к. нельзя ставить въ зависимость интересы акцептанта отъ желанія или нежеланія офферента ознакомиться съ содержаніемъ акцепты. Но теорія полученія, конечно, противорѣчитъ ученію о договорѣ, какъ сознаннымъ волеизъявленіи двухъ сторонъ. Въ интересахъ того же гражданского оборота, въ особенности въ торговомъ правѣ, посылка акцепты замѣняется выраженіемъ воли акцептанта такимъ способомъ, что изъ его поведения можно заключить о выраженіи его согласія на офферту (теорія выраженія). Такъ, напр., акцептантъ дѣлаетъ распоряженіе въ цѣляхъ исполненія договора безъ всякаго увѣдомленія о томъ акцептанта. Теорія выраженія главнымъ образомъ имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны или постоянно ведутъ дѣловыя сношенія другъ съ другомъ, или желаютъ для даннаго случая ускорить дѣло.

4. Наше законодательство хранитъ молчаніе о договорѣ между отсутствующими.

Тѣмъ не менѣе, нашъ гражданскій оборотъ знаетъ, конечно, данный видъ договора и регулируетъ его, въ общемъ, согласно вышеизложенному. Сенатъ, по четвертому департаменту,

высказался въ пользу теоріи полученія (75/6 по дѣлу Паули съ Гизе; см. сборникъ Носенко № 272, 1874 года, по дѣлу Нейль съ Видеманомъ, см. также № 397). Что касается нашего Проекта гражд. улож., то онъ подробно предусматриваетъ договоръ между отсутствующими (ст. 1573, 1577). Причемъ, въ частности, Проектъ обязываетъ офферента возмѣстить другой сторонѣ убытки, понесенные ею отъ незаключенія договора вслѣдствіе того, что офферентъ немедленно не увѣдомилъ акцептанта объ опозданіи безъ его вины акцепты (ст. 1575; иначе общегерм. улож., см. выше III 2. б). Слѣдуетъ также замѣтить, что нѣкоторые западно-европейскія законодательства, напр., прибалтійское (стт. 3136—3138) относятъ заключеніе договора ко времени изъясненія согласія на принятіе предложенія, подъ условіемъ доведенія о томъ до свѣдѣнія офферента. Равнымъ образомъ, швейцарское законодательство (стт. 3—8 закона объ обязательствахъ) также относитъ заключеніе договора ко времени изъясненія согласія на принятіе офферты, но не прежде полученія увѣдомленія о принятіи, и не допускаетъ возможности парализовать офферту, если противное въ ней не оговорено.

IV. Договоръ въ пользу третьяго лица.

Понятіе о договорѣ въ пользу третьяго лица дано выше (см. II 3).

1. *Наши законы не знаютъ договора въ пользу третьяго лица. Но этотъ договоръ вводитъ у насъ сенатская практика.*

Именно, третье лицо, имѣющее самостоятельное право требовать что-либо въ свою пользу по договору, не нуждается для предъявленія иска въ уполномочіи (80/174 и др.). Такимъ образомъ, сенатъ признаетъ самую существенную черту договора въ пользу третьяго лица,—право самостоятельнаго требованія не участвовавшего въ договорѣ третьяго лица. Вслѣдствіе этой существенной черты, не будетъ договоромъ въ пользу третьяго лица такой договоръ, въ силу котораго одна сторона просто обязуется передъ другой сдѣлать что-либо въ пользу третьяго лица. Въ этомъ случаѣ право требованія принадлежитъ только самой сторонѣ, а не третьему лицу. Такіе договоры будутъ обыкновенными договорами съ экономическимъ результатомъ въ пользу третьяго лица.

2. *Къ сожалѣнію, конструкція договора въ пользу третьяго лица далеко еще не выяснена.*

Такъ, необходимо ли для возникновенія договора въ пользу третьяго лица его присоединеніе *) къ договору, или третье лицо непосредственно пріобрѣтаетъ права съ момента заключенія договора (теорія непосредственнаго пріобрѣтенія)? Вопросъ о моментѣ пріобрѣтенія третьимъ лицомъ правъ по договору въ его пользу имѣетъ существенное значеніе въ троякомъ отношеніи. 1) Могутъ ли стороны отмѣнить и измѣнить договоръ до присоединенія къ нему того лица, въ пользу котораго онъ заключенъ (право поворота)? Общегерманское уложеніе въ ст. 328 предоставляетъ рѣшать данный вопросъ, при отсутствіи на то особыхъ указаній, на основаніи состоянія дѣла и, въ частности, цѣли договора. Нашъ же Проектъ прямо допускаетъ до присоединенія третьяго лица измѣнять или отмѣнять договоръ. Болѣе того, стороны могутъ, согласно Проекту, сохранить за собою право на измѣненіе или отмѣну договора и послѣ присоединенія (ст. 1590). Въ общемъ, Проектъ слѣдуетъ за сенатской практикой: „до изъявленія третьимъ лицомъ согласія, отъ контрагентовъ зависитъ измѣнять договоръ или вовсе его уничтожить“ (77/372, 82/4 и др.). Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что присоединеніе третьяго лица имѣетъ обратную силу. Его право, съ присоединеніемъ, относится къ моменту заключенія договора. Третье лицо „во всякое время можетъ требовать осуществленія договора“ (73/1263). 2) Могутъ ли наслѣдники третьяго лица пріобрѣсти его права, вытекающія изъ договора? Наша практика склоняется къ положительному отвѣту на данный вопросъ (08/77, ср. 77/372) **) и этимъ становится въ противорѣчіе съ требованіемъ о необходимости присоединенія третьяго лица (см. 1)). 3) Можетъ ли сторона, въ случаѣ отказа или неприсоединенія третьяго лица къ договору, требовать исполненія договора въ свою пользу? Общегерм. улож.

*) Теорія присоединенія смягчается теоріей изъявленія, т. е. выраженія согласія какими бы то ни было дѣйствіями (этой теоріи придерживается наша практика текстъ.

**) Не перейдутъ лишь тѣ права, которыя имѣютъ личный характеръ.

въ этомъ случаѣ считаетъ право не приобрѣтеннымъ (ст. 333); нашъ же Проектъ, въ согласіи, повидимому, съ сенатской практикой, предоставляетъ воспользоваться этимъ правомъ самой сторонѣ, если этому не препятствуетъ содержаніе договора или самое существо права (ст. 1591).—Все это показываетъ, что договоръ въ пользу третьяго лица недостаточно еще выясненъ въ наукѣ гражданского права. Объясняется это отчасти тѣмъ, что конструкція даннаго договора еще новая, она не была извѣстна римскому праву. Римское право не допускало даннаго договора въ виду строго проводившагося имъ принципа индивидуальности обязательства (§ 29 I 3). Тѣмъ не менѣе, въ наукѣ обнаруживается стремленіе создать договоръ въ пользу третьяго лица, отбросивъ моментъ присоединенія или также изъясненія.*).

Г. Форма договора.

Договоръ, какъ видъ юридическаго акта, требуетъ для своего возникновенія соблюденія всѣхъ условій, необходимыхъ для дѣйствительности юридическаго акта.

1. *Въ числѣ условій возникновенія договора необходимо упомянуть, въ частности, о формѣ договора, которая можетъ быть а) письменной и б) словесной (см. § 6 I в).*

а. Письменная форма договора чаще всего требуется нашимъ законодательствомъ. Поэтому у насъ господствуетъ принципъ письменной формы договора и притомъ независимо отъ экономической цѣнности дѣйствія, на которое направленъ договоръ.

б. Словесная форма допускается въ слѣдующихъ главныхъ случаяхъ: при куплѣ-продажѣ движимости на наличныя деньги (ст. 711), мѣнѣ движимыхъ вещей (ст. 1380), наймѣ земли крестьянами у помѣщиковъ и другъ у друга (ст. 1700), наймѣ городскихъ помѣщеній (ст. 1702), наймѣ слугъ и рабочихъ, исключая фабричныхъ (ст. 2226), ссудѣ имуществъ (ст. 2064) и въ нѣкоторыхъ другихъ немногихъ случаяхъ.

*) См. Нолькенъ, Договоры въ пользу третьихъ лицъ.—Примѣрами такихъ договоровъ могутъ быть договоры страхованія и вклады въ пользу третьихъ лицъ. А. Милютинъ, Условные вклады по уставу государственныхъ сберегательныхъ кассъ, какъ договоры въ пользу третьихъ лицъ („Право“ 1911 № 2).

2. Другія законодательства, въ цѣляхъ упрощенія формы договора, требуютъ по общему правилу соблюденія письменной формы для договоровъ, превышающихъ опредѣленную стоимость.

Такъ, французское законодательство требуетъ письменной формы для договоровъ на сумму свыше 150 франковъ. Тотъ же принципъ усвоенъ и нашимъ Проектомъ, который постановляетъ: „Договоры на сумму свыше 300 рублей, за исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ законѣ, должны быть удостовѣрены на письмѣ“ (ст. 1578). Цѣлесообразность даннаго принципа, принятаго не безъ колебанія и въ самой комиссіи, сомнительна.

Что касается прекращенія договора, то объ этомъ см. особую главу: о прекращеніи обязательственныхъ правъ.

Глава III. Обеспеченіе, или укрѣпленіе обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

§ 34. Необходимость въ обеспеченіи, или укрѣпленіи обязательственныхъ правъ преимущественно договорнаго происхожденія.

1. Возникшее обязательственное право, какъ было показано выше (§ 29 I 2 б), имѣетъ весьма невыгодную сторону: исполненіе дѣйствія вполне зависитъ отъ должника.

Все право кредитора зиждется, поэтому, на довѣріи кредитора должнику. При такомъ положеніи дѣла вполне естественно, что кредиторъ стремится обезпечить, или укрѣпить свои права. Отсюда и самое обязательственное право въ объективномъ смыслѣ этого слова будетъ тѣмъ болѣе совершеннымъ, чѣмъ лучше оно обезпечиваетъ осуществленіе правъ кредитора. Къ сожалѣнію, въ этомъ отношеніи многое еще не сдѣлано какъ въ современномъ гражданскомъ правѣ вообще, такъ въ русскомъ въ частности. Правда, выработаны способы обезпеченія правъ кредитора: 1) задатокъ, 2) неустойка, 3) поручительство

и 4) залогъ. Объ этихъ способахъ, за исключеніемъ задатка, говоритъ и у насъ ст. 1554 т. X ч. 1. Однако, помимо не всегда надлежащей организаціи вышеупомянутыхъ способовъ, въ частности и въ нашемъ правѣ (см., напр., задатокъ въ § 35), громадное большинство правъ по договорамъ остается все же необезпеченнымъ. Это потому, что быстрота гражданского оборота не мирится со сложностью и тяжеловѣсностью способовъ, обеспечивающихъ исполненіе обязательствъ. Къ тому же эти способы, за исключеніемъ залога, не даютъ, въ сущности, столъ прочнаго обезпеченія, чтобы изъ-за него слѣдовало жертвовать быстротой совершенія сдѣлокъ. Такимъ образомъ, обязательственное право остается не вполне обезпеченнымъ, укрѣпленнымъ. Между тѣмъ необходимость въ этомъ обезпеченіи проявляется съ особенною силою тамъ, гдѣ наименѣе развита добросовѣстность въ гражданскомъ оборотѣ, какъ то наблюдается у насъ. Правда, гражданское право (въ томъ числѣ и наше право) принимаетъ свои мѣры противъ недобросовѣстности. Оно понимаетъ, что недобросовѣстность—главное зло, которое губитъ оборотъ, что это зло необходимо искоренить. Однако, сложность современнаго оборота, построеннаго къ тому же на принципахъ свободной борьбы за право и уваженія къ свободной человѣческой личности, препятствуетъ до сихъ поръ создать какія-либо болѣе дѣйствительныя средства для борьбы съ недобросовѣстностью.

2. *Возникающее обязательственное право также нуждается въ своемъ обезпеченіи, или укрѣпленіи.*

Дѣло въ томъ, что обязательственные права не всегда возникаютъ сразу. Нерѣдко необходимы предварительные договоры, направленные на заключеніе въ будущемъ окончательныхъ договоровъ, коими уже пріобрѣтаются обязательственные права. Иными словами, предварительный договоръ самъ имѣетъ своимъ предметомъ заключеніе окончательнаго договора. Напр., лицо А желаетъ купить у лица Б домъ. Съ этою цѣлью оно заключаетъ договоръ запродажи, по которому лицо Б обязуется передъ лицомъ А продать ему домъ, т. е. совершить въ будущемъ окончательный договоръ купли-продажи. Запродажа и будетъ, поэтому, въ отношеніи купли-продажи предварительнымъ договоромъ. Отсюда понятно, что кредиторъ заинтересованъ въ обезпеченіи или

укрѣпленіи предварительныхъ договоровъ. Въ сущности, рѣчь идетъ и здѣсь объ исполненіи уже возникшаго обязательственного права, а не возникающаго. Однако, это вѣрно лишь теоретически. На дѣлѣ осуществленіе обязательственного права кредитора въ предварительныхъ договорахъ направлено, конечно, не на заключеніе окончательнаго договора ради него самого, а на приобрѣтеніе какого-либо опредѣленнаго обязательственного права. Практически различіе это сказывается и въ способахъ обезпеченія. Такъ, поручительство и залогъ не служатъ средствами укрѣпленія предварительныхъ договоровъ.

§ 35. Задатокъ и неустойка.

Г. Задатокъ.

1. Въ современномъ гражданскомъ правѣ задатокъ выполняетъ двоякую роль: а) укрѣпленія обязательства по договору или б) его ослабленія, въ значеніи отступного.

а. Укрѣпленіе договорнаго обязательства проявляется въ троякомъ отношеніи: 1. Задатокъ имѣетъ значеніе удостовѣренія заключенія договора, въ отличіе отъ предварительныхъ переговоровъ; задатокъ служитъ, т. обр., внѣшнимъ доказательствомъ наличности совершеннаго договора. 2. Задатокъ употреблялся также въ значеніи пополненія цѣны при куплѣ-продажѣ, съ цѣлью побудить продавца выполнить договоръ ради полученія дополнительнаго вознагражденія, т. ск. преміи. Это значеніе задатка не сохранилось въ современномъ правѣ: имѣются лишь указанія на такую, прежнюю роль задатка (б. м. пополюкъ или пополника—въ исторіи нашего права, и могорычъ—еще въ настоящее время). 3. Наконецъ, задатокъ имѣетъ значеніе и матеріальнаго понужденія исполнить договорное обязательство, т. к. въ противномъ случаѣ сторона, давшая задатокъ, теряетъ его (одностороннее значеніе задатка) или обратно—другая сторона возвращаетъ его вдвойнѣ (двустороннее значеніе задатка). Т. обр., страхъ потери задатка или возвращенія его вдвойнѣ побуждаетъ стороны исполнять договорное обязательство. Изъ троякаго значенія задатка, какъ способа укрѣпленія договорнаго обязательства, именно въ качествѣ доказательства, преміи и потери матеріальной цѣнности, въ настоящее время задатокъ

сохраняетъ главнымъ образомъ послѣднее значеніе. Въ сущности къ этому значенію и сводится вся роль задатка, какъ средства, укрѣпляющаго договорное обязательство.

б. О с л а б л е н і е договорнаго обязательства обнаруживается въ двоякомъ отношеніи: 1. Задатокъ имѣетъ значеніе вознагражденія за отказъ, за отступленіе отъ требованія исполненія договора (задатокъ въ качествѣ отступного). Въ этомъ случаѣ ясно выступаетъ значеніе задатка, какъ средства, ослабляющаго договорное обязательство, ибо въ противномъ случаѣ сторона могла бы требовать возвращенія убытковъ, причиненныхъ неисполненіемъ обязательства. 2. Задатокъ имѣетъ значеніе отступного и въ томъ смыслѣ, что сторона, получившая задатокъ, можетъ отказаться отъ договора, возвративъ задатокъ. Однако, такое значеніе возвращенія задатка въ смыслѣ отступного предполагаетъ на то соглашеніе сторонъ.

2. Въ сущности, все ученіе о задаткѣ сводится къ установленію въ правѣ предположенія (презумпціи) укрѣпляющей или ослабляющей функціи задатка въ какомъ-либо вышеуказанномъ значеніи.

Ибо совершенно понятно, что по соглашенію стороны вольны придавать задатку любую функцію. Въ общегер. улож. принято предположеніе укрѣпляющей функціи задатка; задатокъ въ значеніи отступного долженъ быть оговоренъ (§§ 336, 338, 346 и 359). Такой же оговорки требуетъ и нашъ Проектъ (ст. 1597, ср. ст. 1594). Напротивъ, во французскомъ кодексѣ нѣтъ предположенія въ пользу укрѣпляющей функціи задатка. Теоретически трудно, конечно, рѣшить вопросъ о цѣлесообразности предположенія въ пользу задатка, какъ укрѣпленія, а не отступного. Такъ, напр., уваженіе къ обязательности договора во Франціи не понизилось отъ того, что задатку не придано тамъ значеніе предположенія укрѣпляющей функціи. Тѣмъ не менѣе, практически желательно установить презумпцію укрѣпляющей функціи задатка въ такихъ странахъ, въ коихъ соблюденіе договорныхъ обязательствъ, какъ, напр., у насъ, не пользуется достаточнымъ уваженіемъ.

3. Что касается нашего законодательства, то его постановленія о задаткѣ отличаются казуистичностью и неопредѣленностью.

Приходится, поэтому, опредѣлять роль задатка въ русскомъ правѣ въ отдѣльности. 1. Такъ, имѣются постановленія, специально предусматривающія задатокъ при запродажѣ и куплѣ-продажѣ недвижимости, и притомъ въ двоякомъ видѣ: а) неформальномъ и б) формальномъ. а) Въ ст. 1681 т. X ч. 1 постановляется, что въ запродажной записи должно быть означено подробно и точно, уплаченъ ли задатокъ, и послѣдствія этого для обѣихъ сторонъ, на случай, если бы совершеніе акта почему-либо не состоялось. Т. обр., законъ не предполагаетъ задатка при запродажной записи ни въ значеніи укрѣпленія, ни въ значеніи отступного; то и другое значеніе должно быть оговорено сторонами. б) Напротивъ, ст. 1688 прямо предполагаетъ задатокъ въ смыслѣ отступного, когда задаткомъ обезпечено совершеніе купчей крѣпости или запродажной записи. Именно, сторона, давшая задатокъ, теряетъ его, а сторона, получившая задатокъ, возвращаетъ его вдвойнѣ, если купчая крѣпость или запродажная запись не совершена по винѣ той или другой стороны. И только въ случаѣ несовершенія того или другого акта по винѣ обѣихъ сторонъ, или по взаимному соглашенію, или же по невозможности совершить его въ силу законныхъ причинъ—задатокъ возвращается (ст. 1889). Законныя причины, какъ-то, лишеніе свободы, смерть близкихъ родныхъ и т. д. (ст. 1889) суть непреодолимые препятствія (07/76). При чемъ, если задатокъ долженъ быть просто возвращенъ вслѣдствіе несовершенія акта по взаимному соглашенію, то требованіе о такомъ возвращеніи покрывается годовою давностью (рѣш. Гр. Кас. Деп. 28 окт. 09 г., по дѣлу Кононова). Указанное значеніе задатка въ смыслѣ отступного, предусмотрѣнное ст. 1688, наступаетъ, впрочемъ, въ томъ лишь случаѣ, если совершеніе купчей крѣпости или запродажной записи обезпечено задаткомъ формально, въ формѣ особой задаточной расписки. При этомъ требуется строгое соблюденіе формы задаточной расписки, предусмотрѣнной ст. 1686 т. X ч. 1 (68,544, 71/984, ср. однако 05/65 и др.; см. также стт. 1687 и 1689). 2. Далѣе, имѣются постановленія, специально предусматривающія задатокъ при куплѣ-продажѣ, движимости (ст. 1513 и 1518 т. X ч. 1). Задатокъ служитъ здѣсь доказательствомъ заключенія договора (По-

бѣдоносцевъ). 3. Далѣе, имѣются постановленія о задаткѣ въ значеніи отступного при продажѣ казенныхъ имуществъ (ст. 1495 т. X ч. 1) и продажѣ съ публичнаго торга (стт. 1067, 1176 Уст. гр. суд.). 4. Наконецъ, существуютъ постановленія нашего законодательства о задаткѣ, которыя не имѣютъ ничего общаго съ задаткомъ, какъ средствомъ укрѣпленія или ослабленія договорнаго обязательства: задатокъ имѣетъ значеніе аванса, пособія (92/12, ст. 27 и 28 Пол. о каз. подр. и пост., ср. также ст. 2215—условіе зажива занятыхъ денегъ и процентовъ при личномъ наймѣ). Совершенно ясно, что, при такомъ положеніи нашего законодательства, дѣйствительно трудно дать общее понятіе о роли задатка въ русскомъ правѣ. На помощь приходитъ сенатская практика.

4. Сенатская практика, созданная рѣшеніями 88/33, 92/12 и 40, признаетъ за задаткомъ презумпцію односторонняго укрѣпленія договорнаго обязательства.

Это значитъ, что сенатъ укрѣпляетъ договорное обязательство на одной сторонѣ, давшей задатокъ. Въ случаѣ неисполненія обязательства по своей винѣ, эта сторона теряетъ задатокъ и не освобождается отъ убытковъ, причиненныхъ такимъ неисполненіемъ. При чемъ, эти убытки взыскиваются въ размѣрѣ, превышающемъ задатокъ. Задатокъ засчитывается въ сумму убытковъ (88/33). Данное сенатское разъясненіе (88/33) относится ко всѣмъ договорнымъ обязательствамъ, какъ предварительнымъ, такъ и окончательнымъ, за исключеніемъ лишь формальной задаточной расписки, продажи казенныхъ имуществъ и продажи съ публичнаго торга (88/33, 92/12 и 40). Въ особенности, сенатъ признаетъ одностороннее обезпеченіе за задаткомъ въ словесныхъ сдѣлкахъ (92/12).

Несомнѣнно, что сенатская практика, созданная въ замѣну прежней практики (77/219, ср. 71/1017, 74/859, 75/805), противоположной ей, болѣе отвѣчаетъ и современнымъ требованіямъ русскаго гражданскаго оборота, и народнымъ воззрѣніямъ. Поэтому и Проектъ гр. улож. послѣдовалъ за сенатской практикой, создавъ постановленія, соотвѣтствующія рѣшеніямъ 88/33 и 92/12 (ст. 1594).

II. Неустойка.

1. *Неустойка въ современномъ гражданскомъ правѣ такъ же, какъ и задатокъ, играетъ двоякую роль: а) укрѣпленія обязательства или б) ослабленія его, въ значеніи отступного.*

а. Неустойка есть штрафъ, определяемый закономъ или условленный впередъ сторонами при заключеніи договора, за неисполненіе обязательства или неисправность, и служить къ укрѣпленію обязательствъ (71/175, 854 и др.). Укрѣпляющее значеніе неустойки выражается въ томъ, что независимо отъ нея взыскиваются и убытки.

б. Напротивъ, если неустойка имѣетъ значеніе лишь возмѣщенія убытковъ, происшедшихъ отъ неисполненія обязательства, то неустойка пріобрѣтаетъ значеніе отступного, т. е. ослабленія обязательства.

2. *Въ сущности и здѣсь ученіе о неустойкѣ (хотя далеко не все ученіе—см. ниже 5) сводится къ установленію предположенія въ пользу укрѣпляющей или ослабляющей функціи неустойки.*

Нашъ Проектъ гражданского уложенія придалъ неустойкѣ значеніе ослабляющей функціи, именно, въ формѣ минимума доказанныхъ убытковъ (стт. 1605 и 1606, ср., однако, ст. 1666). Впрочемъ, кредиторъ во всякомъ случаѣ сохраняетъ право на полученіе убытковъ въ размѣрѣ неустойки. Въ соотвѣтствіи съ этимъ кредитору предоставляется право выбора: ограничиться взысканіемъ или неустойки, или убытковъ отъ неисполненія обязательства. Исключеніе сдѣлано для того лишь случая, когда неустойка назначена въ цѣляхъ надлежащаго исполненія обязательства, въ частности—исполненія въ срокъ: „Вѣритель имѣетъ право требовать платежа неустойки и исполненія обязательства“ (п. 2 ст. 1605 Проекта). Здѣсь, очевидно, неустойка, имѣетъ значеніе штрафа за неточное исполненіе обязательства, т. е. укрѣпляетъ обязательство. Но въ общемъ нашъ Проектъ придаетъ неустойкѣ значеніе отступного, признавая ее достаточной для возмѣщенія убытковъ. При этомъ проектъ пре-

сѣкаетъ сторонамъ возможность назначить неустойку въ очевидно преувеличенномъ размѣрѣ, т. е. превосходящемъ убытки, и этимъ путемъ придать неустойкѣ значеніе штрафа. Судъ можетъ въ этомъ случаѣ „по просьбѣ должника уменьшить размѣръ неустойки, хотя и обязанъ принять въ соображеніе не только имущественные, но и другіе справедливые интересы вѣрителя“ (ст. 1607 Проекта).

3. Напротивъ, наше законодательство, а вслѣдъ за нимъ и сенатская практика, признаютъ за неустойкой значеніе укрѣпленія обязательства.

Ст. 1585 т. X ч. 1 прямо говоритъ: „Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самого договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежомъ неустойки онъ прекращается“. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатъ: взысканіе неустойки не исключаетъ права требовать вознагражденія за убытки, причиненные неисполненіемъ договора, развѣ въ немъ было условлено противное (69/310 и др., 03/71). Такимъ образомъ, въ русскомъ правѣ и русской практикѣ проведена идея наказанія (§ 30 II 2 г)*. Эта же идея была выдвинута и развита въ западно-европейской литературѣ Вендтомъ.—Но не только послѣдовательно проведенной идеей наказанія отличается русская неустойка отъ русскаго задатка. Она отличается отъ него и основаніями своего возникновенія (4) и многими вопросами ученія о неустойкѣ (5).

*) Большинство цивилистовъ также придерживается взгляда на неустойку, какъ на штрафъ. Противъ—Шершеневичъ: по его мнѣнію, вопросъ о значеніи неустойки рѣшается въ зависимости отъ того, чему служить неустойка: возмѣщенію вреда или обезпеченію (штрафъ). Пергаментъ въ своей критической статьѣ: „Къ вопросу о договорной неустойкѣ по нашему Пр. гр. ул.“ (въ Юрид. зап. В. 2, стр. 270 и сл.), путемъ сравненія соответствующихъ статей Проекта (1605 и 1606) и общегер. улож. (ст. 340 и 341) пришелъ къ выводу о неумѣломъ заимствованіи (составителями Проекта) германской неустойки, съ ея укрѣпляющей функціей (ст. 340 п. 2).

4. *Такъ, въ отличіе отъ задатка, который имѣетъ только договорное происхожденіе, неустойка можетъ возникнуть въ силу а) закона и б) договора. Поэтому различаютъ два вида неустойки: законную и добровольную.*

а. Законная неустойка предусматривается стт. 1574 (неустойка за неисправность въ платежѣ по подлежаще совершеннымъ (71/1158 и др. contra 71/329) заемнымъ обязательствамъ между частными лицами и въ исполненіе по обязательствамъ съ казною), 1575 (по заемнымъ обязательствамъ между частными лицами въ размѣрѣ 3⁰/₀ со всего незаплаченного капитала, за исключеніемъ обязательствъ, обеспеченныхъ залогомъ недвижимаго имѣнія), 1576 (о законной неустойкѣ по обязательствамъ съ казною, изложенныхъ въ Полож. о каз. подр. и пост.), и 45 Полож. о сельск. наймѣ въ т. XII ч. 2 (по обязательствамъ нанимателя объ уплатѣ въ срокъ рабочимъ слѣдуемой имъ платы по полукопейкѣ съ рубля недоданной суммы за каждый день просрочки).

б. Добровольная неустойка, требующая для своего возникновенія письменной формы (72/78, 69/418, 416), предусматривается стт. 1583 и сл., а также ст. 1681 (при запродажной записи). Короче, неустойкой могутъ быть обеспечены почти всѣ договоры какъ предварительные, такъ и окончательные по долговымъ обязательствамъ. Условіе о неустойкѣ не можетъ быть включасмо въ задаточную расписку (68/347, 70/1866), въ договоры съ казною и договоры, обеспеченные законной неустойкой (80/86). Но и эти послѣдніе договоры могутъ быть обеспечены добровольной неустойкой въ формѣ отдѣльныхъ условій о неустойкѣ, не включенныхъ въ текстъ договоровъ (68/628, 69/68 и др.). Дозволяется также обезпечивать исполненіе добровольной неустойки новой неустойкой (74/83). Наконецъ, возможно, при условіи оцѣнки судомъ, обезпеченіе обязательствъ, имѣющихъ нравственный интересъ (03/83, 75/483 см. § 10. 3).

5. *Заслуживаютъ, далѣе, вниманія слѣдующіе вопросы въ ученіи о неустойкѣ.*

1. Неустойку возможно назначать не только деньгами, но и другими вещами (иначе Шершеневичъ: онъ правъ въ отношеніи неустойки только законной). Неустойка возможна также въ

видѣ періодическихъ платежей, по мѣрѣ просроченнаго времени (76/509 и др.).

2. Размѣръ неустойки не ограниченъ (94/74). Однако, періодическая неустойка, опредѣляемая въ процентахъ на сумму неоплаченнаго въ срокъ по договору займа роста, условленнаго за пользованіе капиталомъ, не можетъ быть назначаема въ размѣрѣ, превышающемъ узаконенный ростъ (93/108, ср. законъ о ростовщичествѣ 24 мая 1893 г. о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій). Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской количество неустойки ни въ какомъ случаѣ не можетъ превышать суммы самаго обязательства, неустойкою обезпечиваемаго (ст. 1584 т. X ч. 1). Проектъ (см. выше II 2), вслѣдъ за германскимъ уложеніемъ (ст. 343), предоставляетъ суду право уменьшать размѣръ взысканія по неустойкѣ; у насъ же размѣръ неустойки не можетъ быть уменьшенъ судомъ (94/74).

3. Согласно разъясненіямъ сената, принятіе вѣрителемъ ненадлежащаго исполненія обязательства или по истеченіи срока не лишаетъ вѣрителя права на неустойку (71/960, 73/267, 1602, 74/171; съ этимъ не всѣ цивилисты согласны; иначе—также Проектъ въ п. 3 ст. 1605, слѣдующій за общегерм. улож. въ § 341). Напротивъ, должникъ освобождается отъ неустойки въ случаѣ уклоненія вѣрителя отъ принятія исполненія обязательства, а равнымъ образомъ при отсутствіи вины должника, т. е. неустойка есть штрафъ, наказаніе, а наказаніе предполагаетъ вину (00/62, 05/52). Вообще, судьба неустойки, какъ дополнительнаго договора (71/175), во многомъ зависитъ отъ судьбы главнаго договора.

§ 36. Поручительство.

1. Въ противоположность задатку и неустойкѣ, поручительство всегда имѣетъ значеніе укрѣпленія обязательства. Подъ именемъ поручительства разумѣется такой дополнительный договоръ, въ силу котораго поручитель обязуется передъ кредиторомъ исполнить обязательство его должника, если послѣдній этого обязательства не исполнитъ самъ.

Т. обр., поручительство обеспечивает исправное исполнение обязательства (69/522). Цѣнность поручительства, сравнительно съ задаткомъ и неустойкой, выражается въ дополнительной отвѣтственности третьяго лица на ряду съ должникомъ. Слѣд., кредиторъ имѣетъ не одного, а нѣсколько лицъ, обязанныхъ уплатой долга. Отсюда повышается увѣренность въ исполненіи даннаго обязательства. При чемъ, ручательство за исполненіе обязательства можно расширять до отвѣтственности поручителя за дѣйствительность обязательства, напр. на случай несовершеннолѣтія договорившагося должника. Отвѣтственность за дѣйствительность должна быть, однако, всегда оговорена (92/67). См. § 46 II 1 а.

2. *Дополнительная отвѣтственность одного или нѣсколькихъ поручителей можетъ быть установлена а) въ части долга или во всей суммѣ и б) не только просто въ платежъ всей или части суммы, но вмѣстѣ съ тѣмъ и въ платежъ ея на срокъ (стт. 1556 и 1557 т. X ч. 1).*

а. Предполагается, что поручитель принимаетъ отвѣтственность во всей суммѣ, если не оговорено, что онъ отвѣчаетъ въ части долга (ст. 1556). Однако, во всякомъ случаѣ, въ виду дополнительнаго значенія поручительства, отвѣтственность поручителя передъ вѣрителемъ за долгъ его должника не можетъ превышать, или быть тяжелѣе отвѣтственности самого должника. Поручительство будетъ недействительнымъ настолько, насколько оно превыситъ самое обязательство. Поручительство, будучи однимъ изъ видовъ обезпеченія договорныхъ обязательствъ, можетъ сопровождать главный договоръ, какъ имущественный, такъ и личный, напр., мѣну, личный наемъ, если только договоръ не противорѣчитъ закону, благочинію и общественному порядку (§ 30 I 2 в), а равно и договоръ, уже обезпеченный залогомъ недвижимаго имущества (69/504, 522 и др., 08/104). Т. обр., возможно и двойное обезпеченіе исполненія обязательства.

б. Предполагается, что поручитель принимаетъ отвѣтственность: просто за долгъ, если не оговорена иная его отвѣтственность (поручительство простое, несрочное), или въ платежъ долга на срокъ (поручительство срочное), если такая отвѣтственность выговорена. Возможно, однако, по-

мѣщеніе въ договорѣ одновременно поручительства и простого и срочнаго; въ этомъ случаѣ отъ воли кредитора зависитъ воспользоваться тѣмъ или другимъ видомъ поручительства (71/386). Поручительство срочное относится къ обязательствамъ только денежнымъ (78/66), не исключая поручительства и по закладнымъ (Рѣш. гр. касс. деп. 6 февр. 1908 г., по дѣлу Сысоева).

3. Несрочнымъ, или простымъ поручительствомъ называется дополнительная отвѣтственность поручителя, наступающая при несостоятельности должника.

1) Такой моментъ наступитъ, когда имущество признаннаго несостоятельнымъ должника будетъ подвергнуто продажѣ, и вырученныя деньги распределены между вѣрителями, а затѣмъ окажется, что суммы этихъ денегъ будетъ недостаточно для удовлетворенія того долга, по которому дано поручительство (ст. 1558). При чемъ, если сумма долга не превышаетъ 1500 рублей и, слѣд., невозможно объявленіе несостоятельности, то въ такомъ случаѣ достаточно обнаруженія одной фактической несостоятельности, каковая удостовѣряется подписью судебного пристава на исполнительномъ листѣ (80/121 и др.). 2) Вѣритель обязанъ при простомъ поручествѣ начать взысканіе долга съ должника въ продолженіе шести мѣсяцевъ со дня наступленія срока платежа и не можетъ отсрочить по желанію должника исполненія обязательства безъ согласія на то поручителя. Въ противномъ случаѣ поручитель освобождается отъ всякой отвѣтственности (п. 4 ст. 1558). 3) Въ виду, однако, того, что взысканіе съ поручителя долга, при несостоятельности должника, требуетъ много времени,—въ виду этого вѣритель въ правѣ предварительно запросить поручителя, не согласенъ ли онъ учинить немедленно платежъ вмѣсто должника, а при несогласіи на то, просить судъ о наложеніи запрещенія на имѣніе поручителя для обезпеченія своего иска на случай несостоятельности должника (п. 1 ст. 1558). Вѣрителю предоставляется также право требовать отъ поручителя вознагражденія за всѣ убытки и расходы, которые будутъ понесены имъ при взысканіи съ должника (тотъ же п. ст. 1558). 4) Если поручитель немедленно или въ послѣдствіи заплатитъ вѣрителю сумму, въ которой онъ поручался, то онъ можетъ взыскивать эту сум-

му съ должника, т. е. стать на мѣсто вѣрителя, имѣя также право получить вознагражденіе за понесенные имъ отъ того убытки, а равно и проценты съ заплаченной за него суммы денегъ (п. 2 и 3 ст. 1558). 5) Если имѣется нѣсколько поручителей, то каждый изъ нихъ отвѣчаетъ въ части долга съ круговой отвѣтственностью другъ за друга, а не солидарно, какъ въ поручительствѣ срочномъ (п. 5 ст. 1558; 90/58 и 68/514). Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской поручитель не имѣетъ права отказываться отъ платежа, хотя бы самъ должникъ и не былъ еще признанъ несостоятельнымъ (ст. 1559; 76/262).

4. Срочное поручительство есть дополнительная отвѣтственность поручителя, наступающая немедленно, какъ только должникъ не заплатилъ своего долга въ срокъ (ст. 1560).

1) Не требуется, поэтому, объявленія должника несостоятельнымъ. 2) Однако, въ срочномъ поручительствѣ вѣритель обязанъ обратить взысканіе на поручителя не позже мѣсяца по наступленіи срока исполненія обязательства (77/82 и др.). Въ противномъ случаѣ поручитель освобождается отъ платежа по обязательству какъ процентовъ, такъ и самого капитала. 3) При этомъ сенатъ разъяснилъ, что взысканіе можно обратить и непосредственно на срочнаго поручителя, не обращаясь предварительно со взысканіемъ къ должнику (70/516). Обращеніемъ взысканія на срочнаго поручителя не исключается возможность для вѣрителя получить удовлетвореніе и отъ самого должника,—важно только, чтобъ вѣритель не пропустилъ мѣсячнаго срока для предъявленія иска къ поручителю (05/10). Разумѣется, что возможно предъявить искъ къ должнику и срочному поручителю одновременно и совместно (78/272). Даниой сенатской практикѣ слѣдуетъ и Проектъ (ст. 2559). Напротивъ, нѣкоторые цивилисты (Щершеневичъ, Шафиръ, противъ—Аннековъ) не соглашались съ даннымъ разъясненіемъ сената и считаютъ необходимымъ, чтобы вѣритель предварительно обратился со взысканіемъ къ должнику. 4) Поручитель, уплативъ долгъ по обязательству, становится на мѣсто кредитора и удовлетворяется по соразмѣрности съ прочими кредиторами, участвующими въ конкурсной массѣ (ст. 1561). 5) Если имѣется нѣсколько поручи-

телей, то они несутъ въ срочномъ поручительствѣ солидарную отвѣтственность, въ противоположность простому (90/58, 514).

5. Поручительство требуетъ для своего возникновенія а) письменной формы и прекращается, въ частности, б) пропускомъ срока обращенія взысканія на поручителя.

а. Поручительство совершается собственноручной подписью поручителя на обязательствѣ послѣ рукоприкладства должника. За неграмотнаго поручителя подписывается тотъ, кому онъ въ томъ вѣритъ (ст. 1562), каковая подпись должна быть засвидѣтельствована (70/1242). Поручительство можетъ быть совершено и въ отдѣльномъ актѣ съ ссылкой на обязательство, за которое дается поручительство (74/2).

б. О прекращеніи поручительства, при несоблюденіи шестимѣсячнаго и одномѣсячнаго срока, какъ равнымъ образомъ, и при отсрочкѣ исполненія обязательства безъ согласія поручителя см. выше пп. 3 и 4.

Имѣются отдѣльныя правила о поручительствѣ по векселямъ, изложенныя въ Уст. о векс., и особыя правила о поручительствѣ по договорамъ съ казной (ст. 1563 т. X ч. 1). Что касается залога, какъ способа обезпеченія исполненія обязательствъ, то объ этомъ изложено выше (§§ 20—21).

Глава IV. Отвѣтственность за ненадлежащее исполненіе обязательствъ.

§ 36. Очистка.

I. Общее понятіе.

Независимо отъ вышеизложенныхъ способовъ обезпеченія обязательствъ (§§ 35 и 36), но въ тѣхъ же цѣляхъ, гражданское право возлагаетъ на должника также отвѣтственность за ненадлежащее исполненіе обязательства. Слѣдовательно, должникъ не только побуждается исполнить обязательство, но исполнить его

надлежащимъ образомъ, подъ страхомъ своей отвѣтственности. Эта отвѣтственность выражается въ двухъ формахъ: 1) очистки и 2) просрочки.

1. *Очистка въ широкомъ смыслѣ этого слова есть обязанность должника отвѣчать за ненадлежащее исполненіе обязательства въ силу недостатковъ въ правѣ на переданную вещь или въ самой вещи.*

Соотвѣтственно этому можно различать два вида очистки. 1. Очистку въ силу недостатковъ въ правѣ на переданную вещь и 2. очистку въ силу недостатковъ въ самой вещи. Въ свою очередь очистка за недостатки въ правѣ можетъ быть подраздѣлена на два подвиды: а) очистку за недостатокъ права собственности на переданную вещь (эвѣкція) и в) очистку за обремененіе права собственности какими-либо вещными правами (напр., залогомъ) или даже и обязательственными правами (напр., долгосрочной арендой).

II. Очистка въ русскомъ законодательствѣ и сенатской практикѣ.

1. *Въ нашихъ гражданскихъ законахъ предусматриваются частные случаи ответственности а) при куплѣ-продажѣ недвижимости (очистка за недостатокъ въ правѣ) и б) куплѣ-продажѣ движимости (очистка за недостатки вещи).*

а. „Подъ именемъ очистокъ, говоритъ законъ, разумѣется объявленіе, дѣлаемое въ купчей крѣпости продавцомъ о томъ, что имущество прежде никому отъ него не было продано и заложено, никому ни въ чемъ не укрѣплено и ни за что не отписано, и обязанность, принимаемая продавцомъ, очищать покупателя отъ всѣхъ въ то имущество вступщиковъ и не доводить до убытковъ, съ удостовѣреніемъ заплатить оное покупщику, буде таковыя для него произойдутъ“ (ст. 1427 т. X ч. 1). Это условіе объ очисткѣ отнесено къ произвольнымъ или случайнымъ принадлежностямъ (§ 6 III); оно должно быть, поэтому, оговорено въ купчей крѣпости. Сенатская практика направлена, однако, на усиленіе отвѣтственности очистки при куплѣ-продажѣ недвижимости. Такъ, 1) въ противорѣчіе съ прямымъ требованіемъ закона, сенатъ

считаетъ условіе объ очисткѣ принадлежностью о б ы к н о в е н н о й, т. е. само собою предполагающей (§ 6 II). Вслѣдствіе этого одно умолчаніе въ купчей крѣпости объ очисткѣ не освобождаетъ продавца отъ его отвѣтственности передъ покупщикомъ, а если продавецъ желаетъ сложить съ себя эту отвѣтственность, то онъ долженъ положительно устранить себя отъ отвѣтственности. Такое толкованіе даетъ сенатъ на основаніи стт. 574 и 684, которыми, независимо отъ соглашенія сторонъ, вознаграждается лицо за убытки, причиненные правонарушеніемъ (92/61 и др.). 2) Расширяя, далѣе, понятіе очистки при кулѣ-продажѣ въ интересахъ покупателя, сенатъ возлагаетъ отвѣтственность на продавца по очисткѣ не только вслѣдствіе отсужденія имѣнія отъ покупателя другому лицу (71/1121, 79/32, 81/87), но и въ другихъ случаяхъ, какъ-то: за недостающее противъ показанной въ крѣпостномъ актѣ количество земли (84/20), за недоимки, числящіяся на имѣнія, хотя бы продавецъ и не зналъ объ ихъ существованіи (80/134), также и за убытки, причиненные предшествующими продажѣ дѣйствіями или упущеніями продавца (74/848, 80/134, 97/9). 3) Наконецъ, въ тѣхъ же дѣлахъ усиленія отвѣтственности продавца передъ покупщикомъ, сенатъ расширяетъ понятіе о вступщикахъ, понимая подъ послѣдними не только тѣхъ лицъ, которыя вчинили противъ покупателя искъ о правѣ собственности, но и тѣхъ лицъ, которыя ограничиваютъ покупателя въ извлеченіи выгодъ отъ пріобрѣтеннаго имущества. Къ такимъ лицамъ сенатъ относитъ арендаторовъ, если право ихъ на долгосрочную аренду возникло до продажи имѣнія, и это право не было извѣстно покупщику или не оговорено въ купчей крѣпости (74/848). Но, къ такимъ вступщикамъ сенатъ не относитъ квартирантовъ въ домѣ (78/21). Т. обр., не требуется даже, чтобы права вступщиковъ были установлены рѣшеніемъ суда, а достаточно будетъ, если они основаны на томъ или другомъ обстоятельстве, до продавца относящемся, т. е. возникшемъ до продажи (70/1548). Впрочемъ, чтобы продавецъ не могъ защищаться при обращеніи къ нему иска объ убыткахъ самостоятельными доказательствами, для этого покупщикъ обязанъ привлечь продавца къ дѣлу, начатому 3-мъ лицомъ противъ покупателя (71/561), а не покупателемъ противъ третьяго лица (78/21). Привлеченіе покупщикомъ продавца къ дѣлу, возбужден-

ному третьимъ лицомъ, лишаетъ продавца права начать потомъ второй процессъ противъ покупателя о недостаточной его защитѣ въ дѣлѣ съ третьимъ лицомъ (73/1240, 76.325).

б. Очистка за недостатки въ самой вещи предусмѣрена у насъ въ стг. 1516 и 1518 т. X ч. 1—при куплѣ-продажѣ движимости. Но сенатъ также и здѣсь старается расширить примѣненіе очистки, напр., при наймѣ квартиры (§ 49 I 1. б. 2)).

2. Но, помимо прямого указанія закона на очистку въ купчей крѣпости, равно какъ расширительнаго толкованія сенатомъ этой очистки, самъ законъ допускаетъ ее въ цѣломъ рядѣ другихъ случаевъ.

Такъ, 1) при покупкѣ краденой вещи (ст. 1512), 2) залогѣ и закладѣ (ст. 1629, 1630 и 1664), 3) уступкѣ обязательственныхъ: правъ за дѣйствительность уступленнаго права (ст. 2044 и 684, см. § 41-й 1). Само собою понятно, что отвѣтственность по очисткѣ должна быть также допущена при мѣнѣ имуществъ, мировой сдѣлкѣ и въ другихъ случаяхъ. Все это показываетъ, что и въ нашемъ законодательствѣ, въ особенности въ связи съ сенатской практикой, очистка вышла за предѣлы узкаго своего примѣненія въ правѣ. Она стремится вырасти до общаго ученія объ очисткѣ, какъ особой мѣрѣ, побуждающей должника надлежащимъ образомъ исполнять свое обязательство. Вотъ почему и общегерманское уложеніе постановляетъ: „Правила объ отвѣтственности продавца за недостатки проданной вещи соотвѣтственно примѣняются и къ другимъ договорамъ, которые имѣютъ цѣлью возмездное отчужденіе или обремененіе какой-либо вещи“. Такимъ образомъ, институтъ очистки расширяется до общаго ученія объ отвѣтственности за ненадлежащее исполненіе обязательствъ. Вслѣдствіе всего этого мѣсто изложенія очистки—въ общей части обязательственнаго права. Однако, для того, чтобы институтъ очистки выполнялъ свое назначеніе побуждать должника исполнять надлежащемъ образомъ свое обязательство — для этого безусловно необходима надлежащая нормировка очистки. Въ этомъ отношеніи русское право далеко не стоитъ на высотѣ. Такъ, правильная постановка очистки требуетъ: 1) чтобы она возни-

кала непосредственно въ силу закона, 2) чтобы она не могла быть сложена по договору недобросовѣстнымъ должникомъ и 3) не обогащала кредитора, знающаго о недостаткахъ въ правѣ на вещь и въ самой вещи. 1) Между тѣмъ, хотя сенатъ и признаетъ возникновеніе очистки въ силу самого закона, по въ то же время допускаетъ возможность сложения очистки при куплѣ-продажѣ недвижимости, независимо отъ недобросовѣстности продавца. 2) Сенатъ оставляетъ такимъ образомъ безъ вниманія возможность обмана продавцомъ покупателя. Напр., продавецъ, зная о недостаткѣ права собственности на продаваемую вещь, тѣмъ не менѣе слагаетъ съ себя очистку. Такое сложение очистки слѣдуетъ признавать недѣйствительнымъ, хотя бы въ силу ст. 1528: „цѣль его (договора) должна быть непротивна... благочинію и общественному порядку“. Правильнѣе поступаютъ, поэтому, общегерманское уложеніе (ст. 476), а вслѣдъ за нимъ и нашъ Проектъ (ст. 1743), согласно которымъ соглашеніе о снятіи или ограниченіи отвѣтственности продавца за недостатки вещи считается недѣйствительнымъ, если продавецъ умышленно умалчиваетъ о недостаткѣ. Впрочемъ, слѣдуетъ отмѣтить, что, независимо отъ вопроса объ очисткѣ при куплѣ-продажѣ недвижимости, сенатъ въ другихъ случаяхъ считается съ моментомъ недобросовѣстности при очисткѣ. Умолчаніе о существующемъ фактѣ, указывающее на недобросовѣстность стороны, введеніе въ заблужденіе для склоненія къ заключенію невыгодной сдѣлки (обманъ положительный или отрицательный, хотя и не имѣющій уголовнаго характера) относятся сенатомъ къ дѣйствіямъ и упущеніямъ, дающимъ основаніе для иска (83/78, 91/12, иначе прежде: 74/264). Въ частности, сенатъ предоставляетъ возможность наемщику освободиться отъ обязательства по договору найма, если квартира оказалась холодной или сырой, хотя бы объ этомъ и не было упомянуто въ договорѣ (73/343). Слѣдовательно, сенатъ все же стремится регулировать очистку въ цѣляхъ добросовѣстнаго исполненія обязательствъ. 3) Равнымъ образомъ, правильно поступаютъ общегерманское уложеніе (ст. 460), а вслѣдъ за нимъ и Проектъ (ст. 1747), признавая, что продавецъ не отвѣчаетъ за недостатки проданнаго имущества, о которыхъ зналъ покупатель въ время заключенія договора или которые могли быть усмотрѣны покупщикомъ

при обыкновенной съ его стороны внимательности. Следовательно, одно умолчаніе объ отвѣтственности за недостатки не налагаетъ еще само по себѣ непременно отвѣтственности по очисткѣ. Въ противномъ случаѣ продавецъ обогащался бы за счетъ покупателя безъ всякаго основанія. Вѣдь, вполне зависитъ отъ покупателя приобрести себѣ вещь дешевую, плохого сорта, вообще съ недостатками или какими-либо обремененіями. Указанное правило о сложеніи очистки въ силу самого закона, при знаніи покупателя о недостаткахъ продаваемой вещи, могло бы быть основано сенатомъ на ст. 574 т. X ч. 1.

§ 38. Просрочка должника.

Просрочка, или замедленіе должника въ исполненіи обязательства влечетъ за собою невыгодныя для него послѣдствія. Такъ, должникъ, исполнившій свое обязательство съ пропускомъ срока, все же отвѣчаетъ за ненадлежащее исполненіе обязательства. Этимъ онъ побуждается не только исполнить обязательство, но и исполнить его въ срокъ.

1. Подъ именемъ просрочки а) должника слѣдуетъ разумѣть, т. обр., увеличеніе отвѣтственности должника б) въ силу закона, за ненадлежащее исполненіе обязательства, в) вслѣдствіе пропуска срока.

а. Просрочка со стороны должника противопоставляется просрочкѣ со стороны кредитора. Но въ этомъ послѣднемъ случаѣ отвѣтственность должника не только не повышается, но даже понижается. Онъ можетъ освободиться отъ уплаты процентовъ (§ 39 2 в.), имѣетъ право на возмѣщеніе издержекъ, въ частности по храненію. Нашъ законъ молчитъ, однако о томъ, повышается ли отвѣтственность кредитора до отвѣтственности за случай.

б. Просрочка въ собственномъ смыслѣ наступаетъ въ силу закона. Если же она наступаетъ вслѣдствіе договора, то въ такомъ случаѣ имѣется неустойка за неисполненіе обязательства въ срокъ (§ 35 II).

в. Пропускъ срока предполагаетъ, конечно, срочное обязательство. Поэтому въ безсрочныхъ обязательствахъ, т. е. въ такихъ, въ которыхъ не установленъ срокъ платежа (01 130), про-

срочка наступает со дня предъявленія обязательства ко взысканію, т. е. съ того момента, когда кредиторъ, выразивъ желаніе получить удовлетвореніе, тѣмъ самымъ превращаетъ обязательство изъ безсрочнаго въ срочное (86/92).

2. *Просрочка должника возникает а) въ моментъ наступленія срока исполненія обязательства, если обязательство не было исполнено б) по винѣ должника.*

а. Наше право не требуетъ по общему правилу напоминанія или предъявленія требованія должнику со стороны кредитора. Стт. 569, 570 и 693 т. X ч. 1 не говорятъ о необходимости такого напоминанія. Слѣдовательно, наступленіе срока въ срочныхъ обязательствахъ и есть тотъ моментъ, съ котораго начинается течъ просрочка. По исключенію, напоминаніе требуется, однако, въ безсрочныхъ обязательствахъ, т. к. въ этомъ случаѣ кредитору приходится требовать исполненія обязательства. Впрочемъ, и напоминаніе въ срочныхъ обязательствахъ не лишено юридическаго значенія. Такъ, въ силу 2105 ст. т. X ч. 1 поклажеприниматель отвѣчаетъ за случай, когда истребленіе, поврежденіе или утрата отданнаго на сохраненіе имущества послѣдовали послѣ отказа на первое требованіе о возвратѣ поклажи.

б. Наличие вины на сторонѣ должника есть, напротивъ, необходимое условіе возникновенія просрочки по нашему праву. Наши гражданскіе законы, правда въ частномъ случаѣ, перечисляютъ законныя причины, освобождающія должника отъ исполненія обязательства, какъ-то: лишеніе свободы, прекращеніе сообщеній во время заразы и т. п. непреодолимая препятствія, внезапное разореніе отъ несчастнаго случая и т. д. (см. ст. 1689 т. X ч. 1 и ст. 216 Пол. о каз. подр. и пост.). Въ частности, сенатъ разъяснилъ, что болѣзнь квартиранта, мѣшающая ему очистить въ срокъ квартиру, освобождаетъ его отъ послѣдствій просрочки (00/62). Вполнѣ, однако, понятно, что, и при наличности вины со стороны должника, просрочка не наступитъ, если кредиторъ явно выразитъ на то свою волю. Впрочемъ, принятіе процентовъ послѣ срока по закладной тѣмъ самымъ молчаливо исключаетъ просрочку.

3. *Просрочка должника прекращается предложениемъ съ его стороны исполнить обязательство и возмѣстить убытки, причиненные просрочкой.*

Независимо отъ этого просрочка можетъ прекратиться также и по волѣ кредитора дачей имъ отсрочки должнику. Наконецъ, просрочка можетъ прекратиться также съ прекращеніемъ обязательства.

4. *Послѣдствія просрочки, усиливающія ответственность должника, сводятся: а) къ возмѣщенію ущерба, б) платежу неустойки и в) къ возникновенію ответственности за случайную гибель вещи.*

а. Ущербъ можетъ образоваться вслѣдствіе неполученія плодовъ, въ частности процентовъ, которые кредиторъ получилъ бы, если бы обязательство было исполнено въ срокъ. Въ сущности, въ этомъ случаѣ имѣется лишь возвращеніе должникомъ того, что получилъ бы кредиторъ, т. к. никто не можетъ обогащаться безмездно на чужой счетъ (ст. 574, 73/713 и др.).

б. Неустойка, какъ послѣдствіе просрочки, наступаетъ или по договору или по закону (ст. 1573). Слѣдовательно, въ сущности и здѣсь имѣются послѣдствія, вытекающія изъ неустойки, а не изъ просрочки, какъ условія платежа неустойки.

в. Что же касается отвѣтственности за гибель вещи, то хотя здѣсь просрочка имѣетъ самостоятельное, собственное ей послѣдствіе, однако наши законы предусматриваютъ такое послѣдствіе лишь при поклажѣ (2 а).—Въ итогѣ просрочка должника такъ же, какъ и очистка, является въ русскомъ законодательствѣ институтомъ мало разработаннымъ и не выполняетъ той роли, которую она должна была бы выполнять въ русскомъ гражданскомъ оборотѣ, страдающемъ отъ недобросовѣстности должниковъ. Въ этомъ отношеніи правильнѣе поступаетъ Проектъ. Онъ 1) повышаетъ отвѣтственность должника тѣмъ, что виновный въ просрочкѣ должникъ отвѣчаетъ за невозможность исполненія обязательства, хотя бы такая невозможность послѣдовала отъ случайнаго событія, развѣ только онъ докажетъ, что и при своевременномъ исполненіи обязательства кредиторъ понесъ бы убытки отъ того же самаго случайнаго событія (ст. 1668). Далѣе, 2) вѣритель можетъ отступить

отъ договора и т. обр. односторонне прекратить договоръ (болѣе подробно Проектъ, стт. 1669—1671; иначе сенатъ: 72/287). Т. обр., если должникъ заинтересованъ въ исполненіи договора кредиторомъ (при двустороннихъ договорахъ), то въ этомъ случаѣ просрочка должника освобождаетъ вѣрителя отъ исполненія обязательства. Освобожденіе кредитора не лишаетъ его, конечно, права требовать съ должника возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ вслѣдствіе неисполненія договора (Проектъ ст. 1672).

Глава V. Прекращеніе обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

§ 39. Исполненіе обязательства.

1. Обязательственное право прекращается исполненіемъ того дѣйствія, совершить которое обязался должникъ.

Такъ какъ исполненіе обязательства есть цѣль, ради которой возникаетъ самое обязательство, то съ достиженіемъ этой цѣли обязательственное право перестаетъ существовать. Отсюда, исполненіе обязательства есть способъ прекращенія обязательственного права, притомъ наиболѣе распространенный, нормальный: въ большинствѣ случаевъ обязательства, конечно, исполняются. Вмѣстѣ съ тѣмъ для должника важно имѣть доказательство исполненія своего обязательства. Этимъ доказательствомъ, наиболѣе вѣрнымъ, будетъ, прежде всего, расписка кредитора. 1) Наши гражданскіе законы позволяютъ, вмѣсто платежной надписи на самомъ документѣ, брать въ уплатѣ и платежъ долга *п л а т е ж н у ю* *р а с п и с к у* (ст. 2054). Между тѣмъ правильнѣе было бы не позволять, а просто *о б я з а т ь* вѣрителя, по требованію должника, исполнившаго обязательство, выдавать расписку и притомъ — наряду съ возвращеніемъ должнику самаго долгового акта (см. Проектъ, стт. 1640 и 1641). Такимъ двойнымъ способомъ удостовѣренія въ исполненіи обязательства должникъ надежнѣе обезпечивается. Тѣмъ болѣе, что при займѣ свидѣтельскія показанія не допускаются въ удостовѣреніе существованія и содержанія платежной расписки, развѣ только судъ установитъ утрату до-

кумента вслѣдствіе какого-либо внезапнаго бѣдствія, и имѣются еще другія доказательства существованія и содержанія акта (80/166). 2) Наши гражданскіе законы считаютъ также способомъ удостовѣренія въ исполненіи обязательства нахожденіе въ рукахъ должника долгового документа (ст. 2050). Однако, сенатъ разъяснилъ, что одно нахожденіе заемнаго письма въ рукахъ должника, безъ надписи вѣрителя, не есть еще безусловное доказательство; но судъ можетъ придти къ заключенію объ исполненіи обязательства въ виду нахожденія долгового документа въ рукахъ должника (68/579 и др., 78/233). Впрочемъ, и платежная расписка не составляетъ безусловнаго доказательства прекращенія обязательства. Противъ платежной расписки можетъ быть предъявленъ споръ не только о подложности или объ уголовномъ преступленіи, сопровождавшемъ выдачу расписки, но и о дѣйствительности того событія, въ удостовѣреніе котораго выдана расписка (78/228).—Невыдача акта и вообще отказъ кредитора въ удостовѣреніи имѣющаго произойти исполненія обязательства даютъ основаніе должнику замедлить исполненіемъ обязательства (просрочка вѣрителя, § 33 1 а). 3) Само собою понятно, что къ актамъ, удостовѣряющимъ исполненіе обязательства, должны быть отнесены офиціальныя бумаги присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ, производившихъ взысканіе по обязательству (73/667). 4) Вышеупомянутыя постановленія нашего законодательства и сенатской практики имѣютъ въ виду исполненіе обязательства займа. Поэтому въ другихъ случаяхъ свидѣтельскія показанія могутъ удостовѣрять исполненіе обязательства, въ особенности въ отношеніи тѣхъ обязательствъ, которыя для своего возникновенія не требуютъ письменной формы.

2. Однако, исполненіе обязательства, при наличности въ томъ доказательствъ, повлечетъ за собою окончательное прекращеніе обязательства въ томъ лишь случаѣ, если будетъ исполнено: а) то самое дѣйствіе, совершить которое обязался должникъ, б) исполнено имъ самимъ, в) передъ кредиторомъ или его представителемъ, г) въ надлежащее время и д) въ надлежащемъ мѣстѣ.

а. Необходимо исполнить то самое дѣйствіе, совершить которое обязался должникъ, и притомъ, по общему правилу, исполнить

цѣликомъ, а не по частямъ (71/946). Поэтому исполненіе части (§ 30 II 2 а) обязательства или замѣна (§ 40 1—1) условленнаго дѣйствія другимъ безъ согласія на то кредитора не повлекутъ за собою прекращенія обязательства.

б. Должникъ обязанъ исполнить условленное дѣйствіе самъ лично, если того требуетъ интересъ кредитора, напр., при личномъ наймѣ. Въ другихъ случаяхъ можетъ исполнить обязательство и представитель должника. Проектъ допускаетъ исполненіе обязательства третьимъ лицомъ, и даже—безъ вѣдома (?) должника (ст. 1614).

в. Дѣйствіе должно быть исполнено передъ кредиторомъ или его представителемъ, а не передъ третьимъ лицомъ. Однако, предоставляется должнику право произвести платежъ и въ судебное мѣсто, если 1) при наступленіи срока платежа нѣтъ возможности произвести такой платежъ кредитору или его представителю (72/310), а равно и 2) въ случаѣ отсутствія должника изъ мѣста жительства кредитора или по другому обстоятельству, которое препятствуетъ сторонамъ независимо отъ ихъ воли имѣть сношеніе (69/1199). Впрочемъ, такое исполненіе обязательства есть лишь право должника, а не его обязанность (74/302 и др.). Должникъ, не воспользовавшійся даннымъ правомъ, можетъ доказать свидѣтелями уклоненіе кредитора отъ полученія платежа и освободиться отъ платежа неустойки (74/302 и др.). Но, если должникъ пожелаетъ воспользоваться своимъ правомъ, то онъ обязанъ внести именно деньги, а не вещи (ст. 1651; иначе нѣкоторые цивилисты) и притомъ—въ судебное мѣсто, а не нотаріусу и не въ полицію (72/777 и др., 73/763 и др.). Впрочемъ, и въ этихъ случаяхъ кредиторъ не въ правѣ отказаться отъ пріема денегъ, но поступленіе этихъ денегъ къ кредитору лежитъ на отвѣтственности должника (75/835). вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ интересный вопросъ о томъ, съ какого момента переходитъ право собственности къ кредитору: съ момента внесения или съ момента полученія денегъ кредиторомъ? Въ первомъ случаѣ, судъ будетъ представителемъ кредитора, во второмъ—поклажепринимателемъ. Та или другая конструкція не безразлична для кредитора и должника. Если судъ есть, напр., поклажеприниматель, то, очевидно, дол-

жникъ въ правѣ потребовать отъ суда назадъ деньги, пока они не вручены кредитору. Сенатъ сохраняетъ за должникомъ право требовать возврата денегъ отъ третьяго лица, которое почему—либо помимо кредитора получило деньги изъ судебного мѣста (80/92). Слѣдовательно, право собственности до передачи денегъ кредитору сохраняется за должникомъ. Но тотъ же сенатъ въ другомъ разъясненіи, правда болѣе раннемъ, признаетъ предоставленіе должникомъ денегъ въ судебное мѣсто замѣной платежа (76/448).

г. Что касается надлежащаго времени исполненія, то въ законахъ нѣтъ на то общихъ указаній (ср. ст. 1521). Правильно, однако, признать, что должникъ имѣетъ право на досрочное исполненіе, если это не связано съ нарушеніемъ интересовъ вѣрителя (напр., при поклажѣ, при безпроцентномъ займѣ; ср., также ст. 2023, иначе Мейеръ). Досрочное исполненіе обязательства возможно также и по долгамъ несостоятельнаго, въ силу самого закона.—Въ обязательствахъ безсрочныхъ надлежащимъ срокомъ исполненія обязательства будетъ моментъ требованія вѣрителя (§ 38 1 в).

д. Нѣтъ также общаго правила и о надлежащемъ мѣстѣ исполненія, а имѣются лишь частныя указанія, притомъ довольно неопредѣленные. Такъ, законъ постановляетъ, что покушникъ обязанъ заплатить продавцу цѣну въ надлежащемъ мѣстѣ (ст. 1521), но не опредѣляетъ, что слѣдуетъ считать надлежащимъ мѣстомъ. Въ видѣ общаго правила слѣдуетъ считать надлежащимъ мѣстомъ исполненія мѣсто жительства должника при исполненіи всѣхъ обязательствъ, за исключеніемъ денежныхъ (иначе Шершеневичъ). Это правило можетъ найти себѣ подтвержденіе въ извѣстномъ п. 5 ст. 1539. Отчасти, необходимость платежа денегъ въ мѣстѣ жительства кредитора можетъ быть подтверждена статьей 1651: „Если же займодавецъ за какой-либо отговоркою денегъ брать не захочетъ“... Гдѣ не захочетъ? Предполагается: въ мѣстѣ жительства кредитора. Вышеуказанное общее правило о надлежащемъ мѣстѣ исполненія обязательства признано и нашимъ Проектомъ (ст. 1622, также и общегерманскимъ уложеніемъ въ ст. 269 и 270).

§ 40. Замѣна исполненія, новація и другіе способы прекращенія обязательственныхъ правъ (обязательствъ).

Кромѣ исполненія обязательства, существуетъ много и другихъ способовъ прекращенія обязательственныхъ правъ. Они могутъ быть подраздѣлены на двѣ группы.

1. Изъ первой группы относятся тѣ способы, которые требуютъ выраженія воли одной стороны или даже обѣихъ. Таковы: 1. замѣна исполненія, 2. новація, 3. договоръ, въ частности мировая сдѣлка, 4. отреченіе кредитора и 5. зачетъ (компенсация).

1. Замѣна исполненія есть, въ сущности, исполненіе обязательства. Отличіе отъ исполненія состоитъ лишь въ томъ, что должникъ совершаетъ съ согласія кредитора другое дѣйствіе взамѣнъ первоначальнаго дѣйствія. Напр., денежный долгъ съ согласія кредитора уплачивается какою-либо вещью или работой. Согласіе кредитора необходимо, т. е. несоответствующее условіямъ обязательства исполненіе почитается неисполненіемъ (75/709, 76/221 ср. § 38).

2. Новація, или обновленіе есть замѣна съ согласія сторонъ одного обязательственнаго права другимъ, новымъ обязательственнымъ правомъ, съ равнымъ по существу содержаніемъ. Напр., обязательство заплатить квартирную плату можетъ быть прекращено выдачей векселя, т. е. новымъ обязательствомъ. Отличіе новаціи отъ замѣны исполненія обнаруживается въ томъ, что при первомъ способѣ кредиторъ получаетъ дѣйствительное удовлетвореніе, при второмъ же—такого удовлетворенія нѣтъ, ибо замѣняется одно право кредитора другимъ правомъ. Поэтому также не совсѣмъ точно опредѣленіе новаціи, какъ превращенія съ согласія сторонъ существующаго обязательственнаго права въ другое, новое. Неточность эта ведетъ къ неправильному представленію, будто прежнее обязательственное право уничтожилось, превратившись въ новое. На самомъ же дѣлѣ прежнее обязательственное право условно замѣнилось новымъ, равнымъ по содержанію обязательственнымъ правомъ. Отсюда, въ случаѣ недѣйствительности послѣдняго, первое

сохраняетъ свою силу, и нѣтъ обновленія (новациі). Сенатская практика признаетъ новацию (70/1122) и указываетъ на согласіе сторонъ, какъ на необходимое условіе ея возникновенія (70/401 71/905). Однако, сенатъ не говоритъ о другомъ условіи, необходимомъ для новациі—равенствѣ въ содержаніи новаго обязательственнаго права съ прежнимъ.

3. Отказъ отъ осуществленія обязательственного права можетъ быть выраженъ въ новомъ договорѣ: положительно (68/390, 69/1191, 75/257 и др.) и въ дѣйствіяхъ (77/137), а не молчаливо. Однако, одно лишь нарушеніе прежняго договора (68/313, 74/45) и его неисполненіе (72/887, 74/523, 77/276) не прекращаютъ обязательственного права. Въ частности, мировая сдѣлка, какъ договоръ, требуетъ, конечно, согласія сторонъ. Если, однако, мировая сдѣлка съ однимъ изъ займодавцевъ учинена во вредъ другимъ займодавцамъ, то она будетъ недействительна (ст. 540 Уст. судопр. торг.).

4. Отказъ отъ исполненія обязательственного права м. б. выраженъ и односторонне въ лицѣ кредитора, путемъ отреченія. Отреченіе кредитора отъ своего обязательственного права не требуетъ согласія должника, если этимъ не нарушается право должника (80/196). По сравненію съ исполненіемъ и съ другими вышеперечисленными способами, отреченіе кредитора есть отказъ послѣдняго отъ исполненія должникомъ обязательства; однако, такой отказъ не освобождаетъ кредитора при двустороннемъ договорѣ отъ своихъ обязанностей (80/278).

5. Зачетъ есть погашеніе цѣликомъ или частью взаимныхъ требованій кредитора и должника. Для этого требуется: 1) однородность требованій, вытекающихъ изъ обязательственныхъ правъ должника и кредитора, и 2) исполнимость, т. е. наступленіе срока исполненія обязательственныхъ правъ. Напр., кредиторъ А ищетъ по заемному обязательству съ должника Б 1000 рублей, тогда какъ Б самъ имѣетъ уже право получить съ своего кредитора А 1000 рублей. Въ такомъ случаѣ обязательственное право кредитора А будетъ погашено путемъ зачета. Гражданскіе законы не говорятъ о зачетѣ, но зачетъ извѣстенъ сенатской практикѣ. Сенатъ допускаетъ прекращеніе одного обязательственного права силою другого равноцѣннаго, но

волѣ сторонъ*) или по судебному рѣшенію (70/496, 88/97). Нашимъ процессуальнымъ законамъ также извѣстенъ зачетъ. Такъ, зачетъ возможенъ при конкурсѣ (ст. 587 Уст. суд. торг.), при покупке съ публичнаго торга (ст. 1166 Уст. гр. суд., ст. 296 Полож. о взыск. гражд.)

2. Ко второй группѣ способовъ прекращенія обязательствъ относятся тѣ, которые не требуютъ выраженія воли одной стороны или даже обѣихъ, а возникаютъ въ силу какихъ-либо событій. Таковы: 1. исковая давность, 2. сліяніе, 3. лишеніе всѣхъ правъ состоянія, 4. несостоятельность, 5. смерть и 6. случайная невозможность исполненія обязательствъ.

1. Исковая давность предусматривается въ нашихъ законахъ какъ способъ прекращенія договоровъ (ст. 1549), при условіи ссылки должника-отвѣтчика на давность (91/26). Однако, по позднѣйшему разъясненію сената ст. 694, исковая давность погашаетъ не самое право, а только искъ (04/101, см. § 11 3). Вслѣдствіе этого исковую давность правильнѣе не считать способомъ прекращенія обязательственнаго права. Къ тому же и самое выраженіе закона: „договоръ прекращается“ (ст. 1549) не означаетъ непременно прекращенія обязательственнаго права (ср. § 31 V). Проектъ также считаетъ исковую давность погашеніемъ иска, а не права (ст. 105).

2. Сліяніе есть совпаденіе въ одномъ лицѣ обязанности должника съ правомъ его кредитора. Наши гражданскіе законы знаютъ частный случай примѣненія даннаго способа прекращенія обязательственныхъ правъ—при наслѣдованіи (ст. 1260). Проектъ прямо говоритъ о сліяніи, какъ способѣ прекращенія обязательственныхъ правъ, при томъ условіи, однако, чтобы впослѣдствіи не было устранено основаніе сліянія. Въ такомъ случаѣ

*) Нынѣ выдвинуто ученіе (Колеръ) о зачетѣ внѣсудебномъ безъ согласія кредитора, по волѣ одного должника. Обоснованіе такого зачета чрезвычайно трудно. Порученіе со стороны должника кредитору уплатить самому себѣ то, что онъ долженъ, и такимъ образомъ погасить свое право требованія на должника—очень искусственная теорія.

происходитъ возстановленіе прежняго обязательственнаго права (ст. 1703).

3. Лишеніе всѣхъ правъ состоянія—способъ прекращенія только личныхъ правъ и обязанностей прямо предусмотрѣнъ въ нашихъ гражданскихъ законахъ (ст. 1553 т. X ч. 1), напр., для довѣренности (п. 5 ст. 2330).

4. Несостоятельность прекращаетъ обязательство должника при условіи только несчастной несостоятельности (стт. 528², 530 и 531 Уст. суд. торг., 80/164).

5. Смерть одной изъ сторонъ такъ же, какъ и лишеніе всѣхъ правъ состоянія, прекращаетъ только личные обязательственные права, напр., при личномъ наймѣ (ст. 1544, 75/960, ср. 71/206, 73/188), довѣренности (п. 5 ст. 2330). Въ частности, дѣйствіе довѣренности прекращается признаніемъ одной изъ сторонъ безумной, сумасшедшей, несостоятельной, пропавшей безъ вѣсти (тотъ же п. 5 ст. 2330).

6. Случайная невозможность исполненія обязательствъ предусмотрѣна нашими гражданскими законами. Такъ, 1) прямо перечисляются законныя причины неявки къ совершенію запродажной записи и купчей крѣпости (ст. 1689). 2) Далѣе, подробно указаны законныя причины, освобождающія отъ взысканія лицо, вступившее въ обязательство съ казною (Пол. о каз. подр. и пост. ст. 215—218). 3) Далѣе, прекращается обязательство поклажепринимателя въ случаѣ истребленія или пропажи отданнаго на храненіе имущества во время пожара, наводненія или иного несчастнаго случая или же похищеннаго, если будетъ доказано, что съ его стороны не было при томъ никакого нерадѣнія (ст. 2106). 4) Наконецъ, слѣдуетъ подчеркнуть общій принципъ прекращенія обязательствъ по причинѣ случайной невозможности исполнить обязательство (см. § 10 З, § 31 IV З).

§ 41. Уступка требованія (цессія) и суброгація.

Обязательственное право можетъ прекратиться какъ на сторонѣ должника, такъ и кредитора, продолжая существовать въ гражданскомъ оборотѣ. Слѣдовательно, возможно такое прекращеніе обязательственныхъ правъ, которое можно назвать

прекращеніемъ субъективнымъ. Напр., солидарное обязательство прекращается для отдѣльныхъ должниковъ замѣной исполненія или давностью (см. § 31 III 2). Наиболее типичные случаи субъективнаго прекращенія обязательственнаго права представляютъ собою уступка требованія (цессія) и суброгація.

1. *Уступка требованія, или цессія есть передача вѣрителемъ своего обязательственнаго права другому лицу безъ согласія на то должника.*

Существенный элементъ уступки требованія—свободная замѣна одного вѣрителя другимъ. Если бы для такой замѣны требовалось согласіе должника, то въ такомъ случаѣ возникло бы новое обязательство. Передаваемость обязательства на сторонѣ вѣрителя и есть, т. обр., способъ прекращенія обязательственнаго права только для вѣрителя (субъективное прекращеніе обязательства). Уступка требованія по общему правилу широко примѣняется въ современномъ гражданскомъ правѣ. Современное обязательство подвижно (§ 29 I 3). Лишь въ видѣ исключенія запрещается уступка требованія. Такъ, общегерманское уложеніе не допускаетъ передачи обязательственнаго права, если такая передача была заранѣе отмѣнена по соглашенію съ кредиторомъ или была бы учинена съ измѣненіемъ содержанія обязательства (ст. 399). Повторяя въ общемъ постановленіе германскаго законодательства, Проектъ поясняетъ, что не подлежатъ уступкѣ требованія, неразрывно связанныя съ личностью вѣрителя, или такія, въ которыхъ личность вѣрителя имѣетъ существенное значеніе для должника, а также требованія, въ которыхъ по закону не можетъ быть учинено взысканіе (ст. 1680). Что касается нашего законодательства, то оно, признавая передаваемость заемныхъ писемъ (ст. 2058), накладныхъ, векселей, не допускаетъ передачи закладныхъ по передаточной надписи. Напротивъ, сенатская практика допускаетъ уступку всякихъ требованій, вытекающихъ изъ обязательства, безъ согласія должника (80/49, 77/187) и даже передачу закладныхъ по особому акту съ согласія должника (§ 21 II 2). Впрочемъ, передача закладныхъ съ согласія должника не есть уже въ строгомъ смыслѣ этого слова уступка требованія. Вѣритель, уступившій свое требованіе

новому вѣрителю, отвѣчаетъ передъ нимъ за дѣйствительность обязательства (по мен verum), а не за осуществимость его (по мен bonum). Такое правило объ отвѣтственности уступщика-вѣрителя (цедента) передъ новымъ вѣрителемъ-приобрѣтателемъ (цессіонаріемъ) можетъ быть оправдано извѣстнымъ пунктомъ 5 ст. 1539. Оно подтверждается также доказательствомъ отъ противнаго. Такъ, для освобожденія отъ вексельной отвѣтственности за осуществимость векселя прямо требуется сложить эту отвѣтственность путемъ особой оговорки. Согласно Проекту, уступившій требованіе лишь тогда отвѣчаетъ за осуществимость обязательства, когда къ тому обязался (ст. 1687). Само собою понятно, что положеніе должника въ отношеніи новаго вѣрителя не должно ухудшаться. Въ противномъ случаѣ увеличилась бы отвѣтственность должника безъ его согласія. Разумѣется также, что обязательства, устанавливающія личныя отношенія между сторонами, не могутъ быть передаваемы безъ согласія должника (75/408). Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить, что прекращеніе обязательственнаго права вѣрителя-уступщика наступаетъ въ тотъ моментъ, когда передача сдѣлалась должнику достовѣрно извѣстной (94/32).

2. Напротивъ, уступка обязанности (переводъ обязательства) другому лицу требуетъ согласія вѣрителя.

Вслѣдствіе этого согласія, переводъ обязательства есть, въ сущности, новое обязательство и не можетъ быть поэтому разсматриваемъ, какъ субъективное прекращеніе обязательства на сторонѣ должника. Однако, и въ этомъ отношеніи современное право допускаетъ возможность условнаго прекращенія обязательства для должника, предоставляя кредитору, безъ согласія котораго такой переводъ долга былъ совершенъ, право предъявить искъ противъ новаго должника (ср. общегер. ул. ст. 419 и Проектъ п. 2 ст. 1689). Наше законодательство не говоритъ о переводѣ долга безъ согласія вѣрителя, а сенатская практика положительно запрещаетъ переводъ долга на третье лицо безъ согласія на то вѣрителя (86/63). Необходимость согласія при переводѣ долга, въ протівоположность уступкѣ требованія, объясняется тѣмъ, что кредиторъ болѣе заинтересованъ въ личности должника, коему онъ оказалъ довѣріе, чѣмъ должникъ въ личности кредитора.

3. *Что касается суброгации, то подъ ней разумѣется вступленіе должника во все права удовлетвореннаго имъ кредитора по отношенію къ его должнику.*

Отсюда, суброгацию слѣдуетъ отличать отъ простого права регресса. При регрессѣ нѣтъ прежняго обязательственнаго права, оно исчезло изъ гражданскаго оборота. При суброгации произошло лишь субъективное прекращеніе обязательственнаго права, на мѣсто кредитора сталъ удовлетворившій его должникъ. Ученіе о суброгации мало еще разработано. Суброгация извѣстна, однако, законодательству французскому (ст. 1249 и сл.) и германскому (стт. 268, 426, 774, 1143, 1225, 1249 общегерм. ул. и ст. 140 закона о страхов. отъ несчастныхъ случаевъ въ промыш. завед.). Примѣромъ суброгации въ русскомъ законодательствѣ можетъ служить вступленіе простого поручителя въ права кредитора при уплатѣ поручителемъ долга немедленно по требованію кредитора, до наступленія несостоятельности должника (п. 1 ст. 1558, см. § 36 3).

§ 42. Недѣйствительность прекращенія обязательства.

Въ цѣляхъ охраны интересовъ кредиторовъ, гражданское право не признаетъ иногда дѣйствительности прекращенія обязательственныхъ правъ. Дѣло въ томъ, что право кредитора можетъ быть нарушено должникомъ не только тѣмъ, что должникъ не исполнитъ своего обязательства или исполнитъ его ненадлежащимъ образомъ, но и тѣмъ, что онъ исполняетъ свои обязательства во вредъ кредиторамъ, съ цѣлью обхода ихъ правъ. Т. обр., гражданскому праву приходится бороться съ недобросовѣстностью должника въ интересахъ твердости кредита и въ области прекращенія обязательствъ (ср. § 34 1).

1. *Осуществленіе обязательственнаго права можетъ быть опорочено, когда оно имѣло своею цѣлью сокрытіе имущества должника отъ кредиторовъ.*

Такъ, 1) исполненіе въ теченіе десяти лѣтъ до открытія несостоятельности должника обязательствъ, вытекающихъ изъ залога и безденежнаго отчужденія недвижимости родственникамъ или даже и возмезднаго отчужденія супругу, м. б., при

наличности определенных къ тому условій, опорочено (стт. 460—462 Уст. суд. торг.). Точно также 2) м. б. опороченъ досрочный платежъ по векселямъ и другимъ актамъ, произведенный въ теченіе 10 дней до объявленія несостоятельности (ст. 485 Уст. суд. торг.). Постановление это имѣетъ силу и въ гражданскомъ правѣ (07/69). Далѣе, 3) м. б. опорочена также мировая сдѣлка, заключенная должникомъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ до открытія его несостоятельности (ст. 540 того же устава). Однако, не только торговое, но и гражданское законодательство предусматриваетъ случаи недействительности прекращенія обязательства. 1) Ничтожно подложное переукрѣпленіе имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ (п. 2 ст. 1529, ср. п. 2 ст. 2014). 2) Отказъ отъ своего права (отреченіе) въ цѣломъ или въ части недействителенъ, если онъ учиненъ во вредъ третьему лицу (ст. 1547 т. X ч. 1). Въ связи съ изложеннымъ возникаетъ вопросъ, исключаютъ ли статьи гражданскихъ законовъ (п. 2 ст. 1529 и 1547) примѣненіе вышеупомянутыхъ нормъ торговаго права, или возможно ихъ совмѣстное примѣненіе? Сенатъ отвѣчаетъ на данный вопросъ утвердительно. При этомъ, сенатъ разъясняетъ, что въ п. 2 ст. 1529 высказано общее начало относительно всякихъ вообще соглашеній и сдѣлокъ, а въ ст. 461 Уст. суд. торг. опредѣлены тѣ условія, при которыхъ имущество признается безденежно отчужденнымъ и подлежащимъ возврату въ конкурсную массу. Различіе сводится, далѣе, къ тому, что въ силу п. 2 ст. 1529 кредиторъ обязывается доказать вредъ, тогда какъ въ силу ст. 461 безденежность акта признается самимъ закономъ, и истецъ, имѣя за собой это законное предположеніе, вызываетъ отвѣтника на опроверженіе его. Слѣдовательно, бремя доказательства, въ виду родственныхъ отношеній несостоятельнаго должника съ своими кредиторами, переносится на этихъ послѣднихъ; это есть, по-этому, частный случай недействительности исполненія обязательства, предусмотрѣнный ст. 461 (78/5, 80/105, 90/117).

2. Независимо отъ частныхъ постановленій (1), слѣдуетъ подчеркнуть общій принципъ недействительности прекращенія обязательства во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ юридическій актъ противенъ закону, благочинію и общественному порядку (ст. 1528 т. X ч. 1).

Дѣло въ томъ, что большинство способовъ прекращенія обязательства суть не что иное, какъ юридическіе акты, направленные на прекращеніе обязательственного права. Поэтому къ нимъ и должны быть приложимы всѣ условія о дѣйствительности юридическихъ актовъ.

Глава VI. Договорныя обязательства, направленные на перенесеніе права собственности.

§ 43. Способъ изученія типичныхъ обязательственныхъ отношеній (институтовъ) и система ихъ изложенія.

Въ предыдущихъ параграфахъ обязательственного права изложены общія начала обязательственного права. Съ помощью этихъ началъ возможенъ не только анализъ вновь возникающихъ обязательственныхъ отношеній, но и подведеніе ихъ подъ тѣ или другія нормы объективнаго права. Однако, нѣкоторые обязательственные отношенія представляютъ собою сложные, характерныя комбинаціи правъ и обязанностей. Эти комбинаціи въ то же время настолько часто встрѣчаются въ жизни, что какъ бы пріобрѣтаютъ самостоятельное существованіе, свою индивидуальность.

1. *Отдѣльными институтами обязательственного права и будутъ, поэтому, сложные, характерныя, наиболее часто возникающія въ жизни обязательственные отношенія, основанныя на договорахъ, напр., купль-продажѣ, займѣ и др., или на правонарушеніи, или непосредственно на гражданско-правовой нормѣ (см. § 32).*

Эти институты обязательственного права уже въ Римѣ сдѣланы были предметомъ законодательства и особаго изученія. Въ наше время предлагается, однако, измѣнить изученіе отдѣльныхъ институтовъ въ цѣломъ. Это измѣненіе направлено въ сущности на то, чтобы въ изученіи обязательственного права

перенести центр тяжести съ отдѣльныхъ институтовъ на отдѣльныя основныя обязанности, изъ совокупности которыхъ слагаются и самыя институты. Основною обязанностью будетъ, напр., для обязательствъ, имѣющихъ цѣлью перенесеніе права собственности, отвѣтственность по очисткѣ (§ 37); для обязательствъ, имѣющихъ цѣлью предоставленіе пользованія чужою вещью—возвращеніе вещи безъ измѣненія ея существа и т. д. При этомъ возлагаются большія надежды на упрощеніе изложенія гражданскаго права. Предполагаютъ, что, благодаря ученію объ отдѣльныхъ основныхъ обязанностяхъ, явится возможность создать классификацію гражданскаго права, болѣе удовлетворяющую требованіямъ логики, чѣмъ современная классификація. Такъ, современная классификація отдѣльныхъ институтовъ смѣшиваетъ, напр. въ имущественномъ наймѣ, отношенія обязательственныхъ и вещныхъ. Такое смѣшеніе противорѣчитъ основнымъ требованіямъ логики и классификаціи.—Въ сущности, ученіе объ отдѣльныхъ обязанностяхъ не совсѣмъ новое ученіе. Къ общей части обязательственнаго права и раньше относились основныя обязанности, напр., ученіе объ очисткѣ (Анненковъ). Слѣдовательно, вопросъ сводится къ большому расширенію общей части обязательственнаго права за счетъ его особенной части. Въ этомъ отношеніи ученіе объ основныхъ обязанностяхъ заслуживаетъ, конечно, вниманія. Изученіе отдѣльныхъ институтовъ въ ихъ цѣломъ упростится, а самыя институты пріобрѣтутъ надлежащую ясность и выпуклость въ основныхъ своихъ чертахъ *).

2. *Но едва ли можно надѣяться, что ученіе объ отдѣльныхъ обязанностяхъ поможетъ создать новую классификацію гражданскаго права.*

Какую бы сложность институтъ ни представлялъ, онъ не лишенъ своей основной природы, которая можетъ быть только вещной или только обязательственной. Соответственно этому и

*) Бар. А. Симолинъ, Смѣшанные договоры и ученіе объ отдѣльныхъ обязанностяхъ (Рѣчь на магистерскомъ диспутѣ. „Право“ 1911 г. № 47). Петражицкій, О незаконномъ обогащеніи (Вѣст. Пр. 1909 г. № 4 и 5). Рюмелинъ разобралъ въ частности отдѣльные основныя элементы, входящіе въ договоры личнаго найма и подряда (въ своей книгѣ *Dienstvertrag und Werkvertrag*). Hoeniger, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, и Ерго же, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge* (1906).

институтъ, осложненный отношеніями другого рода, тѣмъ не менѣе долженъ занять свое опредѣленное мѣсто или въ вещномъ или въ обязательственномъ правѣ. Поэтому, напр., аренда, несмотря на то, что она въ современномъ гражданскомъ правѣ пріобрѣтаетъ вещную силу въ отношеніи новаго собственника, тѣмъ не менѣе все же останется въ области обязательственнаго права, какъ одинъ изъ видовъ имущественнаго найма.

3. *Итакъ, необходимо сохранить отдѣльное изученіе институтовъ обязательственнаго права, классифицировавъ ихъ лучше всего по однородности основныхъ правъ.*

Тѣмъ болѣе, что и защитники ученія объ основныхъ обязанностяхъ не считаютъ возможнымъ вовсе устранить изученіе институтовъ обязательственнаго права, какъ типичныхъ гражданско-правовыхъ отношеній. Классификація послѣднихъ м. б. такова: 1. Договорныя обязательства, направленные на перенесеніе права собственности: купля-продажа, поставка, запродажа, мѣна, заемъ, дареніе (гл. VI). 2. Договорныя обязательства, направленные на пользованіе чужою вещью: имущественный наемъ и ссуда (гл. VII). 3. Договорныя обязательства, направленные на пользованіе чужимъ трудомъ: личный наемъ, подрядъ, порученіе (гл. VIII). 4. Договорныя обязательства, направленные на содѣйствіе въ достиженіи благъ и ихъ охрану: товарищество, поклажа и страхованіе (гл. IX).—О типичныхъ обязательствахъ, основанныхъ на гражданскомъ правонарушеніи и непосредственно на гражданско-правовой нормѣ (гл. X и XI).

§ 44. Купля-продажа.

1. *Купля-продажа есть а) двусторонній (?) договоръ, въ силу котораго покупательъ имѣетъ право б) требовать отъ продавца передачи себѣ купленной вещи, а продавецъ—в) получить за это отъ покупателя опредѣленную сумму денегъ (цѣну).*

а. Купля-продажа есть прежде всего договоръ. Однако, въ нашихъ законахъ купля-продажа излагается среди способовъ пріобрѣтенія права собственности (§ 17 1 2 и II 3).

Въ литературѣ защитникомъ взгляда на куплю-продажу, какъ на способъ приобрѣтенія права собственности, и притомъ какъ на передачу, является Побѣдоносцевъ. По его мнѣнію, право собственности приобрѣтается дѣйствительной передачей проданной движимости и символической передачей: врученіемъ купчей крѣпости покупателю недвижимости. Слѣдовательно, купля-продажа не есть договоръ, на основаніи котораго возникаетъ обязательство перенести право собственности, а самое перенесеніе этого права. Точка зрѣнія Побѣдоносцева старая; здѣсь строго не различается договоръ и передача. Поэтому слѣдуетъ разсматривать куплю-продажу какъ договоръ и притомъ двусторонній, т. е. порождающій права и обязанности на обѣихъ сторонахъ. Такъ поступилъ и сенатъ, отказавшись отъ прежняго своего взгляда на куплю-продажу, какъ на договоръ односторонній. Сенатъ исходилъ изъ того предположенія, что продавецъ не былъ обязанъ передать движимую вещь въ собственность покупателя, ибо право собственности на переданную вещь переходило въ моментъ соглашенія (§ 67 II 1 4). Вслѣдствіе этого, купля-продажа порождала обязательство лишь покупателя: уплатить условленную цѣну за вещь, приобрѣтенную отъ продавца въ собственность. Однако, если право собственности на проданную движимую вещь и переходитъ къ покупателю въ моментъ соглашенія, то все же на продавцѣ лежитъ еще обязательство очистки (§ 37 II). Слѣд., обязанною стороною является также продавецъ. Поэтому сенатъ и пришелъ позже къ признанію купли-продажи договоромъ двустороннимъ. Двусторонность купли-продажи подчеркиваетъ общегерм. ул. (ст. 433), и этого не дѣлаетъ Проектъ (ст. 1724).

б. Изъ двусторонней природы купли-продажи вытекаетъ прежде всего обязательственное право (право требованія) покупателя. Оно состоитъ въ томъ, что покупательъ имѣетъ право требовать отъ продавца 1) передачи купленной вещи и 2) доставленія ему права собственности на эту вещь, свободную отъ обремененій и недостатковъ.

1. Передача вещи, согласно сенатскимъ разъясненіямъ, не составляетъ необходимаго признака купли-продажи (69/462 и др., 80/125, contra 75/954).—Однако, и согласно сенату, право на

передачу можетъ имѣть свои особыя юридическія послѣдствія. Такъ, при куплѣ-продажѣ въ кредитъ покупатель въ правѣ требовать передачи ему проданной вещи ранѣе уплаты цѣны (80/265). Далѣе, если продана вещь за мѣнимая (§ 14. 2 е), то право собственности на нее переходитъ къ покупщику не прежде, какъ по передачѣ вещи (80/94), т. к. до передачи такой вещи и вообще до поступленія ея въ распоряженіе покупщика, у послѣдняго нѣтъ еще вещнаго права (80/288). Далѣе, въ силу особаго условія о передачѣ движимой вещи, она (передача) можетъ быть отложена на нѣкоторое время (76/298). Слѣд., хотя, согласно разъясненію сената, съ передачею вещи и не соединено по общему правилу приобрѣтеніе права собственности, тѣмъ не менѣе право покупщика на передачу купленной вещи не только существуетъ, но и самая передача можетъ составить непосредственную обязанность продавца.

2. Право покупщика на доставленіе ему права собственности на вещь, свободную отъ обремененій и недостатковъ, есть право на очистку. Необходимымъ условіемъ очистки за недостатокъ въ правѣ собственности считается у насъ отсужденіе. Это значитъ, что покупатель получаетъ возможность осуществить свое право на очистку (эвикцію) не прежде, чѣмъ проданная ему вещь будетъ отсуждена третьему лицу, т. е. за послѣднимъ будетъ признано судомъ право собственности (71/1121, 79/32, 81/87). Такого отсужденія не требуетъ общегер. уложеніе. Покупщикъ, не дожидаясь отсужденія, имѣетъ тамъ право требовать возмѣщенія ущерба, причиненнаго неисполненіемъ договора, или же—отступить отъ договора (ст. 340, ср. ст. 325). Такое постановленіе разумно. Въ противномъ случаѣ, покупатель, узнавъ, что ему продана вещь, на которую продавецъ не имѣлъ права собственности, вынужденъ будетъ пользоваться плодами чужой вещи, пускать ее въ обращеніе, какъ свою, т. е. совершать явныя утайки и присвоенія (Колеръ). Нельзя, поэтому, не обратить вниманія на противорѣчивость общимъ принципамъ права постановленій сената объ отсужденіи вещи, какъ условія очистки (эвикціи). И это тѣмъ болѣе, что сенатъ не ограничиваетъ владѣльца въ распоряженіи вещью даже при существованіи судебного рѣшенія объ отчужденіи вещи, если она не подвергнута аресту (80/303).—Напротивъ, и

у насъ право на очистку за недостатки въ самой вещи прямо даетъ покупщику возможность отступить отъ договора, т. е. возвратить вещь и требовать назадъ данный задатокъ (ст. 1518 т. X ч. 1) или всю цѣну, если она уже была уплачена (73/1450, 75/603). Такое право отступленія отъ договора не всегда можетъ быть желательно покупщику. Напр., лицу А необходима вещь къ опредѣленному сроку. Вещь оказалась худшаго достоинства. Въ этомъ случаѣ лицо А, отступивъ отъ договора, легко можетъ причинить себѣ большой убытокъ. Поэтому, основываясь на ст. 864 и въ дополненіе къ ст. 1518, сенатъ правильно даетъ покупщику право предъявить искъ объ убыткахъ, если бы даже покупщикъ не отказался отъ договора и принялъ вещь. Ибо, хотя отъ покупщика и зависитъ принять или не принять вещь, если она оказалась хуже условленнаго качества (74/264), но покупщикъ, уплативъ деньги и принявъ такую вещь, въ правѣ требовать отъ продавца возврата разницы между уплаченной цѣной и дѣйствительною стоимостью вещи, разъ вещь окажется несоотвѣтствующей условіямъ договора (96/12, иначе прежде 74/264). Слѣдовало бы также въ этомъ случаѣ признать за покупщикомъ право и на уменьшеніе цѣны, а не только на возвратъ ея.

в. Изъ двусторонней природы купли-продажи вытекаетъ также обязательственное право (право требованія) продавца. *Оно состоитъ въ томъ, что продавецъ имѣетъ право требовать отъ покупщика 1) уплаты условленной цѣны и 2) принятія имъ купленной вещи.*

1. Уплата цѣны, согласно сенатскимъ разъясненіямъ (68/229, 71/517, 72/897), не составляетъ необходимаго признака совершенія купли-продажи. Поэтому неуплата покупщикомъ цѣны не даетъ продавцу права требовать уничтоженія возникшаго договора купли-продажи (67/287, 74/561). Продавецъ можетъ лишь взыскивать условленную цѣну на общемъ основаніи. Это значитъ, что онъ не имѣетъ права преимущественнаго удовлетворенія изъ своего проданнаго имущества, за которое ему не заплачены деньги (68/229, 70/726). Нашъ законъ не говоритъ о правѣ продавца взыскивать при этомъ 0/0 съ неуплаченной цѣны (иначе общегерм. ул. ст. 452). Взысканіе 0/0 возможно допустить на основаніи ст. 684.

2. Продавецъ въ правѣ требовать отъ покупателя принятія купленной имъ вещи (ст. 1514), а въ случаѣ непринятія искать съ него убытки (79/47, 80/168). Впрочемъ, прежде сенатъ исключалъ право продавца на взысканіе убытковъ (70/1711). Несомнѣнно, такое разъясненіе сената было неправильно. Оно противорѣчило основному положенію объ отвѣтственности сторонъ за неисполненіе договора. Право продавца требовать отъ покупателя принятія вещи имѣетъ большое значеніе для отвѣтственности за рискъ гибели или поврежденія вещи. Въ тѣхъ случаяхъ, когда у насъ требуется передача или отмѣтка въ крѣпостномъ реестрѣ для перенесенія права собственности по куплѣ-продажѣ (1 б. 1), рискъ лежитъ на продавцѣ до такой передачи или совершенія отмѣтки. Ср. § 38 1 а: о просрочкѣ вѣрителя.

Что касается обязанностей сторонъ, покупателя и продавца, то онѣ опредѣляются соответственно взаимнымъ правамъ сторонъ.

2. *Существенными элементами купли-продажи, помимо соглашенія (см. 1), будутъ а) цѣна и б) предметъ.*

а. 1) Цѣна въ куплѣ-продажѣ непремѣнно должна выражаться нѣ деньгахъ. Уплата вещами дала бы мѣсто другому юридическому акту, мѣнѣ, а не куплѣ-продажѣ. 2) Цѣна эта должна быть, далѣе, опредѣлимой. Не будетъ, поѣтому, купли-продажи, если нельзя опредѣлить, какую сумму въ правѣ требовать продавецъ отъ покупателя. 3) Равнымъ образомъ, цѣна должна быть истинной. Не будетъ купли-продажи, если цѣна назначена для виду, т. е. столь малая, что теряется характеръ возмездной сдѣлки. 4) Не требуется однако, чтобъ цѣна была справедливой, т. е. соотвѣтствовала дѣйствительной стоимости проданной вещи. Изъ этого правила сдѣлано исключеніе для покупки хлѣба на корню, снопами или зерномъ, когда скупщикъ приобрѣлъ хлѣбъ по несоразмѣрно низкой цѣнѣ у крестьянъ, воспользовавшись завѣдомо ихъ тягостнымъ положеніемъ. Въ этомъ случаѣ, согласно закону 18 іюня 1892 года, продавцы въ правѣ требовать доплаты въ размѣрѣ дѣйствительной стоимости проданнаго хлѣба, т. е. справедливой цѣны.

б. Предметомъ купли-продажи, по русскому праву, могутъ быть только 1) вещи, а не права, 2) вещи собственныя, а не чужія, 3) существующія, а не будущія или существовавшія и 4) вещи, свободныя. 1) Постановленіе о томъ, что могутъ быть продаваемы вещи, а не права, правильно. Продажа правъ есть особый институтъ уступки правъ требованія (§ 41), хотя къ таковой (возмездной) уступкѣ въ общемъ и примѣняются соотвѣтственныя правила о куплѣ-продажѣ (см. Проектъ, ст. 1724). 2) Продажа чужихъ вещей запрещена (стт. 1384, 1512, 609, 652); однако, не безусловно (см. § 17 III 2 1 б). 3) Небезусловно исключена также и продажа будущихъ вещей, напр., возможна у насъ продажа будущаго урожая (80/94). Напротивъ, абсолютно не допустима продажа существовавшихъ вещей. 4) Правило о томъ, что продаваемое имущество должно быть свободнымъ (ст. 1388), т. е. не состоящимъ подъ запрещеніемъ, также не безусловно. Возможна и купля-продажа имуществъ несвободныхъ, подъ условіемъ обезпеченія интересовъ 3-хъ лицъ (залогодателей и взыскателей, ст. 1388). Возможна, также подъ условіемъ, и продажа имуществъ спорныхъ (ст. 1392); однако, прямо запрещается, подъ страхомъ уголовнаго наказанія, продажа имѣній, подвергнутыхъ по какому-либо случаю опеки, описи или секвестру (ст. 1415).

3. *Для того, однако, чтобъ изъ купли-продажи возникли вышеупомянутыя права и соотвѣтственно обязанности сторонъ, для этого необходимо соблюденіе крѣпостной формы для купли-продажи недвижимости.*

Что касается купли-продажи движимости, то она можетъ быть заключаема и словесно (72/83 и др.), кромѣ случаевъ, положительно указанныхъ въ законѣ (70/1017), напр., при продажѣ рѣчныхъ судовъ (89/1, противъ Шершеневичъ). Въ частности, слѣдуетъ здѣсь замѣтить, что договоры о продажѣ будущаго урожая (92/44), лѣса на срубъ (70/96 и др.), строенія на сносъ (68/561) и о продажѣ домовъ и строеній, воздвигнутыхъ на чужой землѣ (02/20), — относятся къ куплѣ-продажѣ движимостей. Отсутствіемъ требованія письменной формы купля-продажа движимости отличается отъ поставки (§ 45 I). Напротивъ, купля-продажа недвижимости требуетъ не только письменной формы, но и формы крѣпостной — купчей крѣпости (ст. 1417, 1425 и

сл.). Впрочемъ, согласно разъясненіямъ сената (86/96, 99/43, иначе прежде 75/626), крѣпостная форма требуется только для утвержденія купчей крѣпости. Самый же договоръ купли-продажи недвижимости требуетъ лишь нотаріальной формы (выпись изъ актовой книги младшаго нотаріуса). Поэтому съ момента совершенія акта купли-продажи недвижимости у младшаго нотаріуса, продавецъ и его преемники не въ правѣ отказываться произвольно отъ перенесенія на покупателя и его преемниковъ права собственности, т. е. отказываться отъ утвержденія купчей крѣпости. О моментѣ перехода права собственности при куплѣ-продажѣ см. выше § 17 II 1 и 2. Поэтому же для приобрѣтенія права собственности сенатъ не требуетъ нынѣ ввода во владѣніе (ст. 1523 и сл.) по купчимъ крѣпостямъ (противъ Шершеневичъ). Это подтверждаетъ и ст. 1416: «Если одно и то же недвижимое имѣніе будетъ продано двумъ разнымъ лицамъ, то имѣніе утверждается за тѣмъ изъ двухъ покупателей, котораго купчая крѣпость совершена прежде...» Слѣд., для признанія права собственности за однимъ изъ покупателей законъ имѣетъ въ виду не вводъ во владѣніе, а купчую крѣпость. То же самое правило примѣняется и при куплѣ-продажѣ съ публичнаго торгова въ отношеніи данныхъ крѣпостей (95/40). Въ частности, что касается купли-продажи одной и той же движимости нѣсколькими лицами, то право собственности признается за тѣмъ, кто добросовѣстно совершилъ куплю-продажу и осуществилъ ея послѣдствія, т. е. получилъ проданную ему вещь, хотя бы договоръ и былъ заключенъ имъ позже договоровъ другихъ лицъ и словесно (80/215).—Купчая крѣпость можетъ быть оспорена сторонами въ теченіе двухъ лѣтъ со дня опубликованія ея (ст. 1524), третьими лицами—въ теченіе 10 лѣтъ (69/510 и др.). Что же касается, въ частности, добросовѣстныхъ приобрѣтателей, то въ отношеніи ихъ купля-продажа признается безповоротной (ст. 1301 и 1392).

О куплѣ-продажѣ съ публичныхъ торговъ см. ст. 1487—1509 (болѣе подробно въ граждан. процессѣ), о куплѣ-продажѣ въ розницу съ разсрочкою платежа машинъ, орудій и т. д. см. ст. 1509^{1—6} и нѣк. др. (болѣе подробно въ торговомъ правѣ).

§ 45. Поставка, запродажа и мѣна.

I. Поставка.

1. *Подъ именемъ поставки разумѣется известный русскому праву особый двусторонний договоръ, который по существу есть, однако, видъ договора купли-продажи.*

Согласно разъясненіямъ сената (80/94, 288 и др.), различіе между договорами поставки и купли-продажи обнаруживается въ троякомъ отношеніи. 1) Поставщикъ не предполагается въ моментъ заключенія договора собственникомъ продаваемыхъ вещей, слѣд., могутъ быть продаваемы вещи и чужія, и еще не существующія. 2) Предметомъ поставки могутъ быть только вещи замѣнимыя, а не индивидуальныя. 3) Для исполненія договора поставки всегда имѣется срокъ. О различіи въ формѣ совершенія договоровъ см. 3.

2. *Въ виду незначительности указаннаго различія, права сторонъ и необходимыя принадлежности поставки опредѣляются въ общемъ точно такъ же, какъ и при купль-продажѣ.*

Это тѣмъ болѣе, что, въ сущности, поставка есть лишь особый видъ договора купли-продажи замѣнимыхъ вещей. Проектъ правильно не выдѣляетъ поставку изъ купли-продажи (ст. 1724, мотивы).

3. *Что касается формы совершенія договора, то, въ отличіе отъ купли-продажи движимости, договоръ поставки для своего возникновенія требуетъ письменной формы, хотя бы и домашней (75/708 и др.).*

Впрочемъ, соблюденіе письменной формы имѣетъ здѣсь лишь значеніе доказательства. Признаніе сторонами договора поставки, заключенной словесно, исключаетъ необходимость въ письменномъ актѣ (ср. 74/604).

II. Запродажа.

1. *Запродажа есть а) особый двусторонний договоръ, въ силу котораго каждая изъ сторонъ имѣетъ б) право требовать въ будущемъ совершенія договора купли-продажи на заранее опредѣленныхъ условіяхъ.*

а. Какъ особый договоръ, запродажа отличается и отъ купли-продажи, и отъ поставки. Въ отличіе отъ купли-продажи, запродажа есть предварительный договоръ купли-продажи. Поэтому договоръ запродажи не устанавливаетъ ни права собственности, ни какого-либо другого права на запродажное имущество (79/228, 80/288). Вслѣдствіе этого не требуется, чтобы запродажное имущество принадлежало запродающему въ моментъ заключенія договора, какъ это необходимо при куплѣ-продажѣ (80/94). Однако, хотя запродажа въ послѣднемъ отношеніи и сближается съ поставкой, тѣмъ не менѣе она отличается отъ нея. Предметомъ запродажи служитъ индивидуальная, а не замѣнимая вещь, какъ въ поставкѣ.

б. Запродажей, какъ предварительнымъ договоромъ купли-продажи, опредѣляется и право сторонъ требовать совершенія договора купли-продажи на опредѣленныхъ условіяхъ, въ частности, съ условіемъ обезпеченія, совершить куплю-продажу въ назначенный срокъ. 1) Такъ, въ обезпеченіе совершенія договора купли-продажи стороны въ правѣ включать въ запродажную всякія условія (73/1207), напр., неустойку, задатокъ (§ 35). 2) Что же касается срока, то его назначеніе въ запродажной не обязательно: запродажная будетъ безсрочной, и договоръ купли-продажи можетъ быть совершенъ по востребованію любой изъ сторонъ (91/35). Въ виду, однако, того, что стороны, во избѣжаніе платежа крѣпостныхъ пошлинъ при куплѣ-продажѣ недвижимаго имущества, могутъ отложить на неопредѣленное время совершеніе купчей крѣпости, а покушникъ будетъ допущенъ ко владѣнію запроданнымъ имѣніемъ,—въ виду этого нашъ законъ воспрещаетъ допускать ко владѣнію недвижимымъ имѣніемъ по одной запродажной записи (ст. 1684, 99/68).

2. *Существенныя принадлежности запродажи такъ же, какъ и купли-продажи, составляютъ, кромѣ соглашенія, цѣна и предметъ (ст. 1679).*

Такое совпаденіе необходимыхъ элементовъ запродажи и купли-продажи легко объясняется тѣмъ, что запродажа есть предварительный договоръ купли-продажи. Однако, въ отношеніи

предмета запродажи слѣдуетъ замѣтить, что предметомъ запродажи м. б. и чужая вещь, и еще не существующая. Этимъ признакомъ запродажа движимости отличается въ нашемъ правѣ отъ купли-продажи движимости (80/94). Такого различія нѣтъ въ Проектѣ. Онъ исключаетъ возможность запродажи движимости, такъ какъ предметомъ купли-продажи, по Проекту, м. б. чужая и еще не существующая вещь (ст. 1776, мотивы).

3. Запродажа такъ же, какъ и купля-продажа, требуетъ соблюденія письменной формы договора только для недвижимостей.

Запродажа движимости можетъ быть заключаема словесно (доказательство отъ противнаго, ст. 1680; повидимому, противъ ст. 1690; сенатъ допускаетъ возможность словеснаго заключенія запродажи (69/1132). Письменная форма встрѣчается, однако, въ тѣхъ случаяхъ, когда такая запродажа движимости обезпечивается неустойкой (§ 35 II 3 б), а не задаткомъ (76/221). Напротивъ, запродажа недвижимости требуетъ всегда письменнаго акта, называемаго запродажной записью (ст. 1680), которая можетъ быть совершена и домашнимъ порядкомъ (71/1198 и др., 76/362; иначе прежде 68/883 и др.).

4. Запродажа движимости, какъ равно и поставка, суть договоры, преимущественно извѣстные нашему праву.

Какъ было показано выше, различіе между ними, а равно и отличіе ихъ отъ купли-продажи сводится: 1) къ особенностямъ въ предметѣ, 2) срокѣ и 3) формѣ. Между тѣмъ на практикѣ не всегда легко проводить различіе между указанными договорами. Такъ, напр., при поставкѣ поставщикъ не предполагается собственникомъ вещей, а нерѣдко въ жизни ему принадлежать поставляемые вещи. Затрудненіе можетъ встрѣтиться и при запродажѣ. Напр., лицо А продаетъ движимую вещь съ условіемъ передать ее въ извѣстный срокъ. Спрашивается, будетъ ли здѣсь продажа или запродажа, если передача вещи обусловлена неустойкой?—Поэтому слѣдуетъ руководствоваться въ разрѣшеніи указанныхъ и другихъ подобныхъ вопросовъ намѣ-

реніемъ и цѣлью сторонъ, заключившихъ сдѣлку. Руководящія указанія сената по данному предмету не совсѣмъ ясны (68/462, 822, 71/910, 86/83). Проще поступаетъ Проектъ. Онъ подводитъ запродажу движимости такъ же, какъ и поставку (см. выше), подъ договоръ купли-продажи (ст. 1776, мотивы) и этимъ устраняетъ запутанность въ разрѣшеніи вышеуказанныхъ вопросовъ.

III. Мѣна.

1. *Подъ именемъ мѣны разумѣется двусторонній договоръ, въ силу котораго каждая изъ сторонъ имѣетъ право требовать передачи вымѣниваемой вещи другой стороны.*

Мѣна рѣзко отличается, так. обр., отъ купли-продажи тѣмъ, что при мѣнѣ нѣтъ цѣны, т. е. денежной платы, хотя впрочемъ и возможенъ обмѣнъ денегъ на деньги. Несмотря на указанное различіе мѣны и купли-продажи, къ договору мѣны примѣняются соотвѣтствующія правила о куплѣ-продажѣ. Въ этомъ отношеніи любопытно въ особенности общегерм. уложеніе, которое регулируетъ мѣну одной статьёй въ нѣсколько словъ: „Къ мѣнѣ соотвѣтственно примѣняются постановленія о куплѣ“ (см. также Проектъ, единственная ст. 1781). Наши гражданскіе законы содержатъ также немного статей (1374—1380). Но существованіе и этихъ немногихъ статей объясняется отчасти тѣмъ, что у насъ запрещается мѣна недвижимостей, за исключеніемъ нѣсколькихъ случаевъ, указанныхъ въ ст. 1374. Исключеніе это имѣетъ въ виду доставленіе удобныхъ выгоновъ городамъ и посадамъ, разводъ общихъ и чрезполосныхъ дачъ, поземельное устройство крестьянъ и образованіе земельныхъ участковъ для сельскихъ начальныхъ училищъ. Общее запрещеніе мѣны недвижимыхъ имуществъ объясняется фискальными соображеніями. Соображенія эти, однако, совершенно неправильны. При мѣнѣ недвижимостей можно было бы брать двойныя крѣпостныя пошлины, т. к. каждая изъ сторонъ, въ сущности, является продавцомъ своего имущества (Мейеръ). Тѣмъ болѣе возможна мѣна недвижимостей на движимость (Шершеневичъ). Проектъ также признаетъ мѣну недвижимостей (ст. 1781).

2. *Существенною принадлежностью мѣны, кроме соглашения*), является предметъ мѣны.*

Предметомъ мѣны могутъ быть всякія движимыя и, по исключенію, недвижимыя вещи, которыя могутъ быть предметами купли-продажи. Впрочемъ, нѣкоторые цивилисты (Шершеневичъ) предполагаютъ, что договоръ мѣны, въ отличіе отъ купли-продажи, дѣйствителенъ и въ томъ случаѣ, когда обмѣниваемые вещи въ моментъ заключенія договора принадлежали другимъ лицамъ или даже не существовали. Такое мнѣніе основывается на молчаніи закона. Однако, близость юридической природы купли-продажи и мѣны побуждаетъ скорѣе истолковывать молчаніе закона въ смыслѣ одинаковыхъ условій для предмета той и другой сдѣлки. И это тѣмъ болѣе, что вполне допустимъ въ силу ст. 1528 предварительный договоръ мѣны, аналогично запродажѣ. Кромѣ того, ст. 1380 косвенно требуетъ дѣйствительной принадлежности хозяину мѣняемой вещи (ср. также ст. 1511). Возникаетъ еще вопросъ, могутъ ли быть предметомъ мѣны авторскія права. Необходимо отвѣтить утвердительно—по аналогіи съ куплей-продажей. Тѣмъ болѣе, что по смыслу ст. 402 къ движимымъ вещамъ относятся права (Анненковъ).

3. *Для мѣны требуется соблюденіе такой же формы, какъ и при купль-продажѣ.*

Мѣна движимыхъ имуществъ можетъ быть совершена словесно (ст. 1380, 73/327), мѣна же недвижимыхъ имуществъ требуетъ, конечно, не только соблюденія письменной формы, но и крѣпостной. Въ частности, промѣнъ казенной земли на землю частную для доставленія посадамъ и городамъ удобнаго выгона требуетъ утвержденія Судебнаго Департамента Правительствующаго Сената (ст. 1376). Что касается ввода во владѣніе вымѣниваемыми недвижимостями въ тѣхъ случаяхъ, когда такая мѣна

*) Нѣкоторые думаютъ, однако, что мѣна движимыхъ имуществъ совершается не соглашеніемъ, а передачею. Дѣйствительно, въ ст. 1380 говорится о взаимной передачѣ, но 1) ст. 1379 прямо говоритъ о взаимномъ согласіи хозяевъ, а 2) ст. 1380 постановляетъ, что мѣна движимыхъ имуществъ можетъ быть производима взаимной передачею.

допускается (ст. 1378), то въ настоящее время вводитъ во владѣніе вообще не играетъ прежней роли момента приобрѣтенія права собственности (см. выше §§ 44. 3), иначе Шершеневичъ).

§ 46. Заемъ и абстрактный долгъ.

I. *Заемъ.*

1. *Подъ именемъ займа разумѣется а) односторонній договоръ, въ силу котораго заимодавецъ имѣетъ б) право на возвратъ ему, въ назначенный срокъ или по востребованію, того же самаго количества и того же качества заемныхъ вещей, какое было в) передано въ собственность заемщику за вознагражденіе или безвозмездно.*

а. Заемъ, какъ односторонній договоръ, возникаетъ съ передачею заемныхъ вещей заемщику. Слѣдовательно, въ самомъ совершеніи договора заимодавецъ выполняетъ свою обязанность, и у заемщика нѣтъ права требовать отъ заимодавца исполненія договора. Такой односторонній характеръ займа признается у насъ большинствомъ цивилистовъ (противъ Мейеръ) и сенатомъ (79/346, также и Проектомъ, ст. 1884). Само собою понятно, что предметъ займа (заемныя вещи) можетъ быть переданъ и раньше заключенія займа (72/474). Въ виду указанной односторонней природы договора займа, легко отличать отъ него предварительный договоръ займа. Въ силу этого договора будущій заемщикъ имѣетъ право требовать отъ будущаго заимодавца передачи ему условленныхъ заемныхъ вещей, т. е. совершить договоръ займа. Любопытно, что общегер. уложеніе ограничиваетъ указанное право будущаго заемщика. Если его имущественное положеніе значительно ухудшится и притязаніе на возвратъ занятаго будетъ со временемъ ненадежнымъ (ст. 610, такъ же Проектъ, ст. 1898), то будущій заимодавецъ можетъ отказаться отъ договора. Наши гражданскіе законы не знаютъ такого права отказа, но самый предварительный договоръ о займѣ возможенъ и у насъ въ силу ст. 1528 т. X ч. 1 (ср. 70/369).

б. *Займодавецъ имѣетъ право 1) на возвратъ предмета займа въ томъ же количествѣ и того же качества, 2) на вознагражденіе, въ видѣ 0/0, если таковое было условлено*

и 3) на передачу заемного обязательства другому лицу безъ согласія на то заемщика.

1. Право заимодавца на своевременный возвратъ ему предмета займа обеспечивается законной неустойкой (§ 35 II 4 а).

2. Вознагражденіе, т. е. уплата процентовъ, не составляетъ у насъ обыкновенной принадлежности займа (§ 31 II 2). Поэтому оно можетъ быть выговорено при заключеніи займа (ст. 2020, ср. п. 5 ст. 1539). Проценты (§ 30 II 2 б) бываютъ: узаконенныя, или указные и условленныя, или договорныя (71/125, 1260, 90/46). 1) Размѣръ узаконенныхъ % (роста) опредѣляется шестью на сто въ годъ (ст. 2021). При чемъ, если условленъ въ договорѣ займа ростъ, превышающій законныя %, то должникъ имѣетъ право спустя шесть мѣсяцевъ вернуть капиталъ, предупредивъ о томъ заимодавца письменно за три мѣсяца (ст. 2023). Отъ этого права заемщикъ можетъ, однако, въ договорѣ займа отказаться (97/3). Неправильно: теряется цѣль закона обереечь слабую сторону отъ болѣе сильной стороны. Иначе, поэтому, постановляетъ Проектъ (ст. 1892). Далѣе, не всегда требуется и предупрежденіе: въ немъ нѣтъ надобности, если право досрочнаго погашенія долга предоставлено должнику по договору (05/107).—Узаконенный, а не условленный ростъ полагается по требованію кредитора, и на незаплаченные % не менѣе какъ за годъ (ст. 2022). Такимъ образомъ невозможенъ лишь договоръ объ уплатѣ % на %, какъ условленный анатоцизмъ—выше узаконенныхъ % шесть на сто въ годъ (93/108). 2) Условленный ростъ опредѣляется въ договорѣ какъ въ отношеніи размѣра, такъ и условій его взиманія. Размѣръ роста не долженъ быть, однако, чрезмѣрнымъ, т. е. превышать 12 % въ годъ (Уст. о нак. мир. суд. ст. 180² по продолж.). Если же ростъ будетъ чрезмѣрнымъ, то онъ дѣйствителенъ лишь не выше 12% и не дѣйствителенъ въ размѣрѣ всѣхъ %, если будетъ имѣть мѣсто (только въ займѣ—96/69—) ростовщичество. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда „заемщикъ былъ вынужденъ своими стѣсненными обстоятельствами, извѣстными заимодавцу, принять условія ссуды, крайне обременительныя, или тягостныя по своимъ послѣдствіямъ, или, если кто, занимаясь ссудами, скрылъ чрезмѣрность роста какимъ-либо способомъ, какъ-то: включеніемъ роста въ капитальную сумму, въ видѣ

платы за храненіе или неустойки и т. п.“ (та же ст. Устава). Но, во всякомъ случаѣ; самый заемъ дѣйствителенъ, и заимодавецъ имѣетъ право на обратное полученіе капитала (та же ст. Устава. Ср. § 31 II 2).—При неопредѣленіи срока платежа $\frac{0}{100}$, таковыя должны быть уплачиваемы по истеченіи года (82/32). Равнымъ образомъ, если не указано въ договорѣ время, по которое условлены $\frac{0}{100}$, то такимъ временемъ считается день платежа капитала, а не день дѣйствительной его уплаты. Со времени срока платежа по день дѣйствительной уплаты идутъ узаконенныя $\frac{0}{100}$, а не условенныя. Поэтому право на условенныя $\frac{0}{100}$ по день дѣйствительнаго платежа нужно выговорить (90/49).

3. Передача заемныхъ писемъ совершается путемъ 1) передаточной надписи безъ согласія на то заемщика (ст. 2058), за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда заемныя обязательства обезпечены залогомъ (ст. 2058—2063) или правомъ пользованія имѣніемъ должника (72/721). Передаточная надпись можетъ быть совершена домашнимъ порядкомъ, и незасвидѣтельствованіе этой надписи не дѣлаетъ ее недѣйствительной (70/177 и др.). Незасвидѣтельствованіе влечетъ лишь за собою невыгодныя послѣдствія въ случаѣ несостоятельности должника (ст. 2063, см. ниже 3 б). Чтобы не было этихъ послѣдствій, передаточная надпись должна быть засвидѣтельствована самимъ заимодавцемъ не позже, какъ въ семидневный отъ составленія ея срокъ, если надписатель живетъ въ городѣ, и не далѣе, какъ въ мѣсячный, если онъ имѣетъ пребываніе въ уѣздѣ (ст. 2060). 2) Законъ не исключаетъ, однако, возможности передачи заемныхъ писемъ и по особому акту, силу и значеніе котораго долженъ опредѣлить судъ (71/1001, 74/327 и др.). 3) Вообще передача можетъ быть доказываема всякими письменными актами (74/14), а не свидѣтелями (69/465).—Заимодавецъ, передавшій заемное письмо по надписи или акту, отвѣчаетъ во всякомъ случаѣ за дѣйствительность обязательства, а не за его осуществимость (73/1661, 75/599).

в. Заемъ предполагаетъ передачу вещей заемщику въ полное его распоряженіе: собственностъ Поэтому заемъ долженъ быть отнесенъ къ договорнымъ обязательствамъ, направленнымъ

на перенесеніе права собственности (ср. 70/721). На самомъ же дѣлѣ, экономическая цѣль займа—предоставленіе заемщику пользованія чужою вещью. Если такимъ образомъ юридически заемъ направленъ на перенесеніе права собственности, то это потому, что предметъ займа составляютъ замѣнимыя вещи, пользование которыми возможно, поэтому, путемъ приобрѣтенія на нихъ права собственности и возвращенія ихъ въ томъ же количествѣ и того же качества займодавцу *). Отсюда, заемъ стоитъ какъ бы на грани договорныхъ обязательствъ, направленныхъ на перенесеніе права собственности и пользованіе чужою вещью.

2. Существенною принадлежностью займа, помимо соглашения, является предметъ займа.

Такимъ предметомъ будетъ, конечно, всякій капиталъ (§ 30 II 2 б). 1) Нашъ законъ признаетъ, однако, предметомъ займа только денежный капиталъ (ст. 2013 и сл.). 2) Напротивъ, сенатъ относитъ къ предмету займа и другія цѣнности, напр., процентныя бумаги (92/38). Т. обр., въ противоположность прежнимъ сенатскимъ рѣшеніямъ о томъ, что предметомъ займа не могутъ быть предметы замѣнимые (потребляемые) (68/248, 73/1626), сенатъ не считаетъ нынѣ деньги исключительнымъ предметомъ займа. 3) Но, и помимо сенатской практики, самъ законъ допускаетъ заемъ всякаго рода произведеній земли въ Закавказьѣ (ст. 2013, прим.). 4) Далѣе, законъ же не считаетъ безденежными „заемныя письма, выданныя вмѣсто наличнаго платежа за работу, услуги, товары и издѣлія, также въ удовлетвореніе взысканій, проистекающихъ отъ договоровъ“ (ст. 2017). Въ согласіи съ этимъ постановленіемъ нашего закона, сенатъ разъясняетъ, что заемныя обязательства, выданныя не за наличныя деньги, а за другое имущество или за оказанныя услуги, представляютъ собою денежную сдѣлку, имѣющую одинаковое значеніе съ займомъ денегъ (74/714). И болѣе того, заемныя письма могутъ служить доказательствомъ долговыхъ обязательствъ, изъ какихъ бы предшествовавшихъ договоровъ ни возникли эти

*) Дербургъ. кладетъ, однако, въ объясненіе существа займа не свойство замѣнимыхъ вещей, а оборотный капиталъ (теорія оборотнаго капитала).

обязательства, даже изъ дара (75/473 и др.). И еще болѣе, заемное письмо можетъ быть даже выдано въ обезпеченіе исполненія какого-либо дѣйствія (95/92). 5) Наконецъ, согласно закону, „къ заемнымъ обязательствамъ, домашнимъ порядкомъ совершаемымъ, принадлежатъ подписанные должникомъ счета въ суммахъ, слѣдующихъ за работу, услугу, забранныя издѣлія или товары и т. п.“ (ст. 2045). Т. обр., предметомъ займа могутъ быть не только деньги и другія цѣнности (напр., процентныя бумаги) и произведенія земли въ Закавказьѣ, но и всякія вещи и дѣйствія, при условіи выраженія ихъ стоимости въ денежныхъ долговыхъ суммахъ. Несомнѣнно, такое расширеніе сдѣлокъ по займу не согласуется съ его юридической природой, которая требуетъ возвращенія тѣхъ же самыхъ вещей, въ томъ же количествѣ и того же качества. Правильно, поэтому, отличать отъ займа особый договоръ о долгѣ, и, въ частности, абстрактный долгъ (см. ниже II).—Считая заемъ денежнымъ обязательствомъ, нашъ законъ въ извѣстныхъ случаяхъ признаетъ его „ничтожнымъ, если по судебному разсмотрѣнію найдено будетъ, 1) что онъ безденежный, 2) что онъ учиненъ подложно во вредъ конкурса надъ несостоятельнымъ учрежденнаго, 3) что онъ произошелъ по игрѣ *) или произведенъ для игры съ вѣдома о томъ заимодавца“ (ст. 2014). Однако, „заемъ, учиненный хотя и для игры, но безъ свѣдѣнія о томъ заимодавца, сохраняетъ полную силу“ (ст. 2019).

3. Наше законодательство требуетъ а) письменной формы для заключенія договора займа, причемъ б) несоблюденіе этой формы, довольно сложной, можетъ повлечь разныя послѣдствія для заимодавца.

а. Исключеніе сдѣлано лишь для губерній Черниговской и Полтавской, въ которыхъ допускаются займы и словесные, но только на сумму не свыше 12 рублей (ст. 2032). Проектъ освобождаетъ отъ письменной формы денежные займы на сумму не свыше 30 рублей и займы другихъ замѣнимыхъ

*) По игрѣ, т. е. когда обѣ стороны участвовали въ игрѣ, такъ что одна требуетъ съ другой деньги въ качествѣ проигрыша (69/969 и др.). При чемъ пари признаются проигрышемъ по игрѣ (68/414).

вещей—на сумму не свыше 300 рублей (ст. 1885). Предполагаемое нововведение Проекта, при маломъ развитіи добросовѣстности въ гражданскомъ оборотѣ, едва ли цѣлесообразно. Впрочемъ, нельзя отрицать и того, что нерѣдко займы на незначительныя суммы заключаются на словахъ, въ особенности въ средѣ неграмотнаго населенія. Недопущеніе свидѣтелей при такихъ искахъ противорѣчило бы потребностямъ самой жизни въ словесно заключаемыхъ займахъ. Что же касается письменной формы, то обязательство по займу можетъ быть составлено въ порядкѣ 1) нотаріальномъ, 2) явочномъ, 3) домашнемъ (ст. 2031), 4) въ видѣ счетовъ и 5) съ залогомъ. 1) Обязательство по займу, совершенное нотаріальнымъ порядкомъ, называется крѣпостнымъ заемнымъ письмомъ (ст. 2033), а 2) составленное явочнымъ порядкомъ—домовымъ заемнымъ письмомъ (ст. 2035, ср. Пол. нотар. ст. 128 п. 6 и ст. 146). Для такой явки необходимо, чтобы просто домовое заемное письмо было представлено самимъ заемщикомъ или его повѣреннымъ нотаріусу для засвидѣтельствованія, съ соблюденіемъ тѣхъ же сроковъ, какъ и при явкѣ передаточной надписи (ст. 2036, ср. ст. 2060). 3) Если же домовое заемное письмо не будетъ явлено въ установленные для этого сроки, то оно остается просто домовымъ заемнымъ письмомъ. Оно „пишется въ домахъ, безъ свидѣтелей (иначе въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской, ст. 2038), по установленной формѣ“, приложенной къ ст. 2036. Эта форма имѣетъ, однако, значеніе только образца домового заемнаго письма. 4) Домовое заемное письмо (явочное), можетъ быть также выражено въ видѣ счета (ст. 2045). Счетъ не можетъ превосходить 150 рублей, и долженъ быть въ теченіе 6 мѣсяцевъ представленъ ко взысканію или превращенъ въ заемное обязательство. Несоблюденіе данныхъ условій ведетъ къ тому, что написавшіе счета свыше 150 рублей (67/338 и др.) или продержавшіе ихъ въ безгласности болѣе 6 мѣсяцевъ получаютъ при конкурсѣ удовлетвореніе послѣ лицъ, исполнившихъ предписанныя правила ст. 2046, т. е. такіе счета приравниваются къ неявленнымъ, просто домовымъ заемнымъ письмамъ (ст. 2047). Наконецъ, нашъ законъ знаетъ 5) домовое заемное письмо съ залогомъ движимаго имущества (ст. 1672). Оно можетъ быть такъ же, какъ и счетъ, явочнымъ и простымъ

заемнымъ письмомъ (стт. 1673 и 1674). Однако, въ послѣднемъ случаѣ, при простомъ заемномъ письмѣ съ залогомъ движимаго имущества, необходимо удостовѣреніе не менѣе двухъ свидѣтелей, и пишется оно также по формѣ, приложенной, въ видѣ образца, къ ст. 1673.

б. Что касается послѣдствій несоблюденія установленной въ законѣ письменной формы займа, то въ этомъ отношеніи прежде всего слѣдуетъ подчеркнуть, что письменная форма не составляетъ корпуса сдѣлки, а является лишь средствомъ доказательства, т. е. не допускаются свидѣтельскія показанія (§ 6 I 2 в). Далѣе, въ видѣ общаго правила слѣдуетъ установить, что неявка просто домовыхъ заемныхъ писемъ влечетъ за собою для заимодавца: 1) удовлетвореніе при конкурсѣ послѣ заимодавцевъ, явившихъ въ срокъ заемныя письма, и въ той суммѣ, которая останется за удовлетвореніемъ долговыхъ ихъ требованій (стт. 2039, 1674 и 2047). 2) Лишеніе установленныхъ при взысканіи за неустойку процентовъ (ст. 2039). 3) Возможность доказыванія безденежности просто домовыхъ заемныхъ писемъ свидѣтельскими показаніями, въ противоположность крѣпостнымъ и явочнымъ домовымъ заемнымъ письмамъ (93/20, ср. 67/296, 68/745 и др.).

Объ исполненіи займа и объ обязанности кредитора удостовѣрить это исполненіе см. выше (§ 39 1).

II. Абстрактный долгъ.

1. *Абстрактный долгъ, въ отличіе отъ долга по займу, характеризуется тѣмъ, что для его существованія безразлично основаніе его возникновенія (кауза).*

Абстрактнымъ долгомъ въ римскомъ правѣ была стипуляція,—вопросо-отвѣтная форма, устанавливающая долгъ одного лица другому.

2. *Въ современномъ правѣ абстрактнымъ долгомъ будутъ: а) вексель, б) отчасти приказъ и в) долговой документъ (бумаги на предъявителя).*

а. Вексель по уставу 1832 г. не былъ абстрактнымъ долгомъ, поэтому и считался въ сенатской практикѣ видомъ

займа (75/275). Впрочемъ, и нынѣ абстрактный характеръ векселя не вполне проведенъ въ нашей практикѣ. Такъ правда, споръ о происхожденіи векселя, напр., отъ ростовщической сдѣлки, не вѣствующей изъ содержанія векселя, не имѣетъ никакого значенія для правъ послѣдующихъ добросовѣстныхъ векселедержателей (ст. 24 уст. о векс.). Однако, въ другихъ случаяхъ: противъ перваго пріобрѣтателя и послѣдующихъ недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей допускается споръ о порочной выдачѣ векселя (стт. 16 и 24) и, въ частности, о безденежности векселя (Рѣш. Отд. Гр. К. Д. 1908 г. нояб. 6, Рафаилова). При чемъ возможны даже свидѣтельскія показанія въ удостовѣреніе тѣхъ обстоятельствъ, при которыхъ былъ выданъ вексель (contra 99/100). Въ частности, знаніе послѣдующаго векселепріобрѣтателя о безденежности векселя м. б. доказываемо свидѣтелями (01/108, 04/45), а не безденежность векселя (Рѣш. Отд. Гр. К. Д. 1908 г. нояб. 6, Рафаилова). Все это ослабляетъ значеніе векселя, какъ абстрактнаго долгового обязательства (болѣе подробно о векселѣ излагается въ торговомъ правѣ).

б. Отчасти абстрактный характеръ приказа выражается въ томъ, что для приказодержателя совершенно безразличны тѣ основанія, въ силу которыхъ приказополучатель обязанъ произвести ему платежъ по письменному заявленію приказодателя. Приказодержатель имѣетъ, т. обр., прочное имущественное право, какъ только приказополучатель принялъ приказъ. Нашъ сенатъ разъясняетъ, однако, что уплата долга, вмѣсто своего кредитора, кредитору послѣдняго, есть лишь переводъ долга (76/242).

в. Подъ именемъ долговыхъ документовъ разумѣютъ обыкновенно бумаги на предъявителя. Слѣдуетъ замѣтить, что бумагами на предъявителя не могутъ быть векселя (исключеніе Англія) и залоговыя свидѣтельства. Бумагамъ на предъявителя (также выигрышнымъ билетамъ) придается значеніе денежныхъ знаковъ обращенія. Вотъ почему общегерм. ул. обязываетъ должника платить по бумагѣ на предъявителя, хотя бы она была у него украдена или имъ потеряна (ст. 794). Точно также нашъ сенатъ послѣ нѣкотораго колебанія (85/27 contra 98/15) призналъ абстрактный характеръ бумагъ на предъявителя въ отношеніи добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, хотя бы бумаги на предъ-

явителя были похищены (ук. 1 Деп. Прав. Сен. 5/хп 1908 г. № 16042, по д. Т-ва Цинтенгофской суконной мануфактуры).

3. *Въ ученіи о векселяхъ и долговомъ документѣ чрезвычайно споренъ вопросъ о томъ, можно ли ихъ разсматривать, какъ односторонній юридическій актъ, а не двусторонній, т. е. договоръ.*

Иными словами, возникаетъ ли долгъ съ момента написанія векселя или бумаги на предъявителя (теорія созданія, креациі, односторонняго обѣщанія), или же съ того момента, какъ вексель или бумага попадутъ въ другія руки, и такимъ образомъ будетъ налицо кредиторъ, т. е. возникнетъ договоръ. Теоретическій споръ этотъ пріобрѣтаетъ особенное значеніе въ томъ случаѣ, когда вексель или бумага на предъявителя попали въ гражданскій оборотъ, въ другія руки, помимо желанія должника, напр., были украдены. Твердость современнаго гражданскаго оборота, обезпеченіе интересовъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей требуютъ признанія теоріи созданія векселя и долгового документа, т. е. признанія за ними значенія односторонняго юридическаго акта. — Въ нашемъ правѣ векселя и бумаги на предъявителя не подлежатъ возвращенію отъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, хотя бы они были украдены или пропали, т. е. попали въ гражданскій оборотъ помимо воли ихъ создателя (см. 2 а. в.). Т. обр., даже объявленіе пропавшихъ или украденныхъ бумагъ на предъявителя ничтожными не имѣетъ значенія для третьихъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей. Сказаннымъ не исключается, однако, договорное возникновеніе векселя, согласно нашему уставу (см. ст. 15, 27 и 89 уст. о векс.), въ отношеніи перваго пріобрѣтателя и послѣдующихъ недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей (ст. 24 уст. о векс.).

§ 47. Дареніе.

1. *Дареніе есть а) односторонній договоръ, въ силу котораго одаряемый имѣетъ б) право требовать увеличенія своего имущества отъ дарителя путемъ уменьшенія его имущества, по доброй его волѣ, безвозмездно.*

а. Не всѣ цивилисты считаютъ у насъ дареніе договоромъ. Нѣкоторые относятъ его къ способамъ пріобрѣтенія права собственности (По б ѣ д о н о с ц е в ѣ). Дѣйствительно, дареніе, какъ и купля-продажа изложены въ гражданскихъ законахъ въ книгѣ III-й: „О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности. Однако, здѣсь слѣдуетъ повторить сказанное выше о куплѣ-продажѣ (§ 44 1 а). Дареніе, и въ качествѣ способа пріобрѣтенія права собственности, все же есть договоръ. Въ силу этого для даренія необходимо не только желаніе дарителя обогатить одаряемаго, но и желаніе послѣдняго принять подарокъ. Правда, въ жизни дареніе нерѣдко производится какъ бы безъ вѣдома и воли одаряемаго. На самомъ дѣлѣ согласіе одаряемаго предполагается. Этимъ б. м. объясняется, почему для совершенія договора даренія достаточно явнаго выраженія воли одного лишь дарителя. Вотъ почему слова нашего закона: „Даръ почитается недѣйствительнымъ, когда отъ него отречется тотъ, кому оный назначенъ“ (ст. 973), предполагаютъ молчаливое согласіе одаряемаго. Въ противномъ случаѣ трудно понять отреченіе одаряемаго. Точно также и общегер. ул., признавая дареніе договоромъ, предполагаетъ молчаливое выраженіе согласія на принятіе дара, правда—по истеченіи опредѣленнаго, назначеннаго для того срока (ст. 516).—Въ связи съ этимъ можно различать два вида даренія: 1) наличное дареніе, какъ исполненный договоръ, и 2) дарственное обѣщаніе, какъ договоръ, еще не исполненный. Первое совершается передачей даримой вещи въ моментъ заключенія договора, въ чемъ и выражается согласіе обѣихъ сторонъ. Второе предполагаетъ, что передача наступитъ впослѣдствіи во исполненіе договора даренія. Сенакъ различаетъ также оба указанные виды даренія: 1) въ видѣ передачи даримой вещи и 2) въ видѣ письменнаго акта, удостовѣряющаго возникшій договоръ даренія (70/397, 71/928 и др.). Впрочемъ, дарственное обѣщаніе возможно заключать и устно (74/889). Такъ какъ, далѣе, дарственное обѣщаніе предполагаетъ договоръ, а не просто одностороннее сбѣщаніе, то разрѣшеніе вопроса о томъ, состоялся ли договоръ даренія, предоставляется суду и относится къ существу дѣла (82/12).

6. Изъ односторонней *) природы договора даренія происходитъ право одаряемаго 1) требовать отъ дарителя увеличенія своимъ имуществомъ имущества одаряемаго (82/12); 2) право это ограниченное и условное.

1. Разумѣется, что если даритель не выполнилъ своей обязанности, то онъ этимъ самымъ нарушилъ договоръ и можетъ быть присужденъ (71/928), но не принужденъ къ его исполненію (70/397, 82/12).

2. Однако, въ виду того, что обязанность дарителя вытекаетъ изъ его доброй воли, щедрости по отношенію къ одаряемому и не имѣетъ никакого матеріальнаго эквивалента, — въ виду этого указанное право одаряемаго въ значительной мѣрѣ ограничено и условно въ силу самого закона. Въ этомъ отношеніи особаго вниманія заслуживаетъ общегер. ул.: 1) оно освобождаетъ дарителя отъ уплаты процентовъ въ случаѣ просрочки исполненія по взятому имъ на себя обязательству и 2) понижаетъ его отвѣтственность за неисполненіе обязательства, въ частности по очисткѣ. Именно, даритель отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ и грубую вину (стг. 521 и сл.). Далѣе, 3) оно предоставляетъ дарителю т. н. право бѣдности, въ силу котораго даритель можетъ уклониться отъ исполненія дарственнаго обѣщанія, если исполненіе обѣщанія лишитъ дарителя возможности вести соотвѣтствующій его общественному положенію образъ жизни и выполнять свои обязательства по доставленію пропитанія другимъ лицамъ (ст. 519). Въ общемъ и нашъ Проектъ слѣдуетъ за общегер. ул. (ст. 1792 и сл. и 1807 и сл.). Что же касается въ этомъ отношеніи нашего законодательства, то хотя оно 1. не требуетъ платежа процентовъ въ случаѣ неисполненія обязательства (§ 38 4), но даритель обязанъ возмѣстить ущербъ отъ промедленія въ исполненіи своего обязательства. 2. Законъ не говоритъ объ отвѣтственности дарителя по очисткѣ, однако, несомнѣнно, что даритель отвѣчаетъ по очисткѣ, т. к. въ противномъ случаѣ онъ не исполнилъ бы надлежащимъ обра-

*) Если, однако, даръ сдѣланъ подъ условіемъ какого либо дѣйствія одаряемаго, то договоръ будетъ двустороннимъ (70/1552).

зомъ своего обязательства. Въмѣстѣ съ тѣмъ наше законодательство не ограничиваетъ ответственности дарителя только грубою виною и злымъ умысломъ. 3. Наши законы не признаютъ за дарителемъ права бѣдности, т. е. права отступить отъ исполненія договора.—Отъ даннаго права слѣдуетъ отличать право дарителя на возвратъ дара, при несоблюденіи одаряемымъ условій договора (ст. 976, 977) или особыхъ условій установленныхъ въ самомъ законѣ для существованія даренія. Наше законодательство такъ же, какъ и западно-европейское, допускаетъ возвратъ дара въ силу закона. Это имѣетъ мѣсто у насъ въ случаяхъ: неблагодарности одареннаго въ отношеніи дарителя, несостоятельности дарителя (ст. 460 Уст. суд. торг.) и безпосредственной смерти одаренныхъ дѣтей (стт. 1142). Въ частности, заслуживаетъ здѣсь отдѣльнаго разсмотрѣнія лишь возвращеніе дара вслѣдствіе неблагодарности одареннаго. Въ ст. 974 перечисляются случаи неблагодарности одаряемаго, какъ-то: „если принявшій даръ совершитъ покушеніе на жизнь дарителя, причинить ему ножи или угрозы, оклеветать его въ какомъ-либо преступленіи, или вообще окажетъ ему явное непочтеніе“. Сенатъ разъяснилъ однако, что вопросъ о томъ, заключается ли въ поступкахъ одареннаго явное непочтеніе къ дарителю, и не выражено ли въ дѣйствіяхъ дарителя прощеніе одареннаго, относится къ существу дѣла (79/193). При чемъ самое право требовать отъ дарителя передачи подареннаго имущества не можетъ быть признаваемо выраженіемъ непочтенія (82/12).

2. *Существенныя принадлежности даренія, помимо соглашенія: а) намѣренія лица одарить,—б) увеличеніе имущества одаряемаго и в) уменьшеніе имущества дарителя.*

а. Намѣреніе лица одарить—самый существенный моментъ договора даренія. Тамъ, гдѣ нѣтъ такого намѣренія оказать актъ щедрости, тамъ нѣтъ даренія. Это намѣреніе лица одарить направлено обыкновенно на безвозмездное перенесеніе права собственности и другихъ вещныхъ правъ. Нѣтъ намѣренія одарить, если даритель исполняетъ этимъ какую-либо обязанность. Но будетъ имѣть мѣсто намѣреніе одарить тамъ, гдѣ даритель былъ вынужденъ сдѣлать даръ вслѣдствіе нравственной или иной побудительной причины (71/928).

б. Однако, увеличеніе имущества одаряемаго можетъ имѣть мѣсто и въ тѣхъ случаяхъ, когда одаряемый получаетъ какое-либо обязательственное право или освобождается отъ исполненія какого-либо обязательства, или даже освобождается отъ ограниченія права собственности. Поэтому дареніе можетъ служить однимъ изъ способовъ прекращенія обязательствъ (отреченіе § 40 4). Короче, необходимо только, чтобъ имущество одаряемаго непремѣнно увеличилось въ какомъ-либо отношеніи. Однако, не всякое имущество можетъ быть предметомъ даренія. Такъ, запрещается дарить имущества родовыя, заповѣдныя и т. д. (ст. 967 и 969). Ограниченія въ дареніи родовыхъ имуществъ не распространяются на губерніи Черниговскую и Полтавскую (ст. 970).

в. Напротивъ, имущество дарителя непремѣнно должно уменьшиться. Поэтому не подойдетъ подъ дареніе страхованіе жизни въ пользу третьяго лица, а равно и завѣщаніе, т. к. въ обоихъ случаяхъ нѣтъ налицо уменьшенія имущества.

3. *Что касается формы даренія, то при дареніи недвижимости безусловно требуется письменная, притомъ крѣпостная форма (дарственная запись).*

Дарственная запись, составляя корпусъ сдѣлки, совершается тѣмъ же порядкомъ, какъ и купчая крѣпость. Къ ней приложимо, поэтому, извѣстное правило о моментѣ перехода права собственности (отмѣтка въ крѣпостномъ реестрѣ). Поэтому и здѣсь не требуется ввода во владѣніе (ст. 991) для перехода права собственности. Напротивъ, дареніе *движимости* можетъ быть совершено не только одновременно съ передачею или письменно, но и словесно, потому оно можетъ быть доказываемо и свидѣтельскими показаніями (74/889, см. § 47 1 а). При чемъ сенатъ разъяснилъ, что для дѣйствительности дара не требуется, чтобы передача подаренной *движимости* совпадала съ учиненіемъ даренія (74/370, 82/12). Лишь дареніе *доходовъ* съ приисковъ или участія въ приискахъ требуетъ письменнаго и притомъ даже нотаріальнаго акта (70/397).

Особыми видами даренія будутъ: пожертвованіе (ст. 979 и сл.) и пожалованіе (ст. 934 и сл.). То

и другое въ отличіе отъ даренія требуетъ для своего совершенія нѣкоторыхъ формальностей (см. § 17 III 2. 2 и ст. 981 и сл.). Въ частности, пожертвованіе отличается отъ даренія тѣмъ, что оно есть добровольное приношеніе имущества на пользу общую (ст. 979) при жизни жертвователя, а не на случай его смерти. Иначе это будетъ завѣщательное распоряженіе. Такое смѣшеніе понятій имѣетъ мѣсто въ нашихъ законахъ (ст. 985, ср. 98/25). Вообще же слѣдуетъ строго отличать дареніе, какъ юридическій актъ между живыми, отъ т. н. даренія на случай смерти. Это послѣднее не есть дареніе, ибо одаряемый будетъ обязанъ отвѣчать за долги дарителя. Это различіе проводитъ и сенатъ. Такъ, въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской одаренный отвѣчаетъ за долги дарителя, если къ нему переходитъ право собственности по дарственнымъ „на случай смерти“ (76/578).

Глава VII. Договорныя обязательства, направленные на пользованіе чужою вещью.

§ 48. Общее понятіе о договорныхъ обязательствахъ, направленныхъ на пользованіе чужою вещью.

Договорныя обязательства, изложенныя въ предыдущей главѣ, имѣютъ своей цѣлью перенесеніе права собственности; и, так. обр., ихъ осуществленіе касается области вещнаго права. Правда, рѣчь тамъ шла только о перенесеніи права собственности, а не о другихъ вещныхъ правахъ. Это объясняется тѣмъ, что договоры, направленные на установленіе другихъ вещныхъ правъ, и именно правъ на чужую вещь: сервитуты и т. д., не являются типичными договорными обязательствами. Такъ, напр., для установленія сервитутовъ по договору требуется лишь крѣпостная форма (§ 24 III 3 а и IV 2 а). Какихъ-либо особенностей этототъ договоръ не имѣетъ. Что же касается залогового договора, то, хотя онъ и представляетъ собою особенности, но онѣ уже изложены выше (§§ 20 и 21).

1. *Въ отличіе отъ договорныхъ обязательствъ, имѣющихъ цѣлью перенесеніе права собственности, договорныя обязательства, направленныя на пользованіе чужою вещью, возникаютъ почти исключительно въ области обязательственного права.*

Это отличіе существенно. Такъ, перенесеніе права собственности предполагаетъ 1) особую правоспособность сторонъ къ приобрѣтенію имущества (ср. § 3 II 2), 2) предметъ, годный къ отчужденію, 3) особую форму,—крѣпостную—для отчужденія недвижимостей, и устанавливаетъ 4) также особое право приобрѣтателя на очистку за недостатки въ правѣ собственности (очистка, или эвикція). Другими признаками характеризуются договорныя обязательства, направленныя на пользованіе чужою вещью. 1) Не требуется особой правоспособности въ лицѣ контрагентовъ, а достаточно общей правоспособности *). 2) Нѣтъ вообще надобности и въ годности предмета къ отчужденію. 3) По общему же правилу, нѣтъ необходимости въ крѣпостной формѣ, и только, по исключенію, возможна отмѣтка въ крѣпостномъ реестрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны имѣютъ въ виду, какъ напр., при арендѣ, придать вещный характеръ обязательственному отношенію. 4) Нѣтъ никакой отвѣтственности и за недостатки въ правѣ собственности; существуетъ лишь отвѣтственность за недостатки въ самой вещи, препятствующіе пользованію чужою вещью (очистка въ болѣе широкомъ смыслѣ).

2. *Самая же характерная особенность разбираемыхъ договорныхъ обязательствъ состоитъ въ ихъ цѣли.*

Такою цѣлью является пользованіе чужою вещью, и опредѣленное срокомъ и цѣлью договора: возмездное (наемъ) или безвозмездное (ссуда).

§ 49. Имущественный заемъ и, какъ особый видъ его, аренда.

I. Имущественный заемъ.

1. *Имущественный заемъ есть а) двусторонній договоръ, въ силу котораго б) наниматель имѣетъ право тре-*

*) Исключенія, конечно, имѣются и здѣсь, см. напр. § 3 II 2.

бовать отъ наймодавца передачи нанятой вещи во временное, съ опредѣленною цѣлью пользованіе, а в) наймодавецъ—установленную за то плату и возврата въ цѣлости, безъ измѣненія существа, нанятой вещи, по окончаніи найма.

а. Двусторонній характеръ имущественнаго найма совершенно ясенъ и признается сенатомъ (68/248 и др., 81/82). Найму присущи, однако, и свои особенности. 1) Осуществленіе правъ, вытекающихъ изъ договора, и соотвѣтствующихъ имъ обязанностей противной стороны носить длительный характеръ. Это значитъ, что обѣ стороны несутъ соотвѣтствующія права и обязанности въ теченіе всего времени осуществленія договора имущественнаго найма. 2) Длительный характеръ найма непременно предполагаетъ, поэтому, срочность отношенія сторонъ. Болѣе того, при наличности особыхъ обстоятельствъ возможно прекращеніе найма и до истеченія срока (право сторонъ на отказъ, см. II). 3) Но временный характеръ имущественнаго найма не исключаетъ возможности сохраненія договора въ случаѣ отчужденія нанятой вещи. Имущественный наемъ пріобрѣтаетъ такимъ образомъ характеръ вещнаго отношенія. Это значитъ, что, напр., при продажѣ собственникомъ вещи, отданной въ наемъ, новый собственникъ не можетъ прекратить договора имущественнаго найма безъ согласія нанимателя. Послѣдній же имѣетъ право отказа.—Итакъ, имущественный наемъ характеризуется, какъ отношеніе двустороннее, длительное, временное и не лишенное вещнаго элемента.

б. Изъ имущественнаго найма, какъ двусторонняго договора, вытекаетъ прежде всего право нанимателя требовать 1) передачи нанятой вещи, годной для условленнаго пользованія, и 2) поддержанія ея годности въ теченіе всего срока найма.

1. Наниматель въ правѣ, согласно сенатской практикѣ, требовать судебнымъ порядкомъ передачи отданнаго въ наемъ имущества (80/118). При этомъ, если одновременно столкнутся права двухъ нанимателей одного и того же имущества, то преимущество дается добросовѣстному нанима-

телю, уже вступившему въ пользованіе нанятымъ имуществомъ, хотя бы и по договору, позже заключенному (80/118). Т. обр., сенать формулировалъ право нанимателя на передачу судомъ вещи, какъ правомочіе, не лишенное вещнаго элемента (также Проектъ, п. 2 ст. 1820, противъ Шершеневичъ). Сенать преслѣдуетъ, конечно, благую цѣль—борьбу съ недобросовѣстностью. Однако, на практикѣ цѣль эта трудно осуществима. Согласно общему принципу обязательственного права, нельзя принудить должника (въ данномъ случаѣ наймодавца) исполнить дѣйствіе. Нанимателю остается, поэтому, искать въ концѣ концовъ убытки, доказываніе которыхъ при нарушеніи договора найма въ особенности трудно.

2. Наниматель въ правѣ, далѣе, требовать, чтобы отданная въ наемъ вещь не только была пригодна для опредѣленнаго пользованія ею въ моментъ передачи, но чтобы она поддерживалась въ томъ же состояніи годности въ теченіе всего срока найма. Поэтому наймодавецъ обязанъ устранять недостатки, вслѣдствіе которыхъ пользованіе имуществомъ становится почему либо вреднымъ для нанимателя, затруднительнымъ или невозможнымъ. Въ частности нашъ сенать предусматриваетъ слѣдующіе недостатки: холодъ, сырость квартиры, дымъ изъ печей (67/141, 72/343, 77/45 и др.), квартиры публичныхъ женщинъ, нарушающихъ спокойствіе и возмущающихъ своимъ поведеніемъ нравственное чувство сосѣднихъ жильцовъ (07/33), иногда, въ зависимости отъ усмотрѣнія суда, погромъ вокругъ дома (рѣш. гр. кас. деп. 7 окт. 1909 г. по д. Вургафть). Болѣе того, въ рѣшеніи за 1895 годъ, № 14 сенать далъ и руководящее правило при обсужденіи недостатковъ отданныхъ въ наемъ имуществъ. Сенать требуетъ, чтобы недостатокъ не былъ 1) замѣченъ при самомъ заключеніи договора, а обнаружился лишь въ послѣдствіи, и чтобы усмотрѣнный въ предметѣ найма недостатокъ 2) имѣлъ существенное значеніе по отношенію къ той цѣли, для которой, по содержанію договора, нанятое имущество навначалось. Послѣдствія обнаруженія недостатковъ въ нанятомъ имуществѣ не одинаковы. Во-первыхъ, можно требовать прекращенія договора имущественнаго найма, если недостатокъ, напр., сырость въ нанятомъ помѣщеніи, присущъ нанятому помѣщенію и не произошелъ по винѣ нанимателя (77/220, 72/1141). Пре-

кращеніе договора имущественнаго найма предполагаетъ, однако, полный, а не частичный недостатокъ, т. к. только въ этомъ случаѣ можетъ идти рѣчь о совершенной негодности отданнаго въ наемъ имущества. Во-вторыхъ, при частичномъ же недостаткѣ, когда обнаружилось, что предметъ найма поступилъ къ нанимателю не въ томъ объемѣ или качествѣ, которые были условлены по договору, сенатъ признаетъ право нанимателя требовать уменьшенія наемной платы (71/325, 80/214, 95/62). Т. обр., наймодавецъ несетъ все время отвѣтственность за исполненіе договора передъ нанимателемъ (очистка). Въ-третьихъ, при частичномъ же недостаткѣ, судъ, по просьбѣ нанимателя, можетъ освободить его отъ арендной платы въ цѣломъ или въ части, безусловно или только на время, пока нанятое погибшее имущество не будетъ восстановлено, а непригодное исправлено хозяиномъ (95/62). Оцѣнивая вышеприведенную сенатскую практику, слѣдуетъ подчеркнуть ея недостаточность въ области охраны личныхъ благъ нанимателя. Въ этомъ отношеніи даже и общегер. ул. (болѣе совершенное) заслуживаетъ упрека: оно допускаетъ возможность сдачи такихъ имуществъ въ наемъ, пользованіе которыми угрожаетъ личнымъ благамъ нанимателя, если такое пользованіе согласно съ договоромъ (ст. 536, объясненія къ ней). Нѣтъ, поэтому, отвѣтственности за предумышленную сдачу имущества въ наемъ или изъ нерадѣнія, или корыстолюбія. Между тѣмъ такую отвѣтственность слѣдовало бы установить, ибо большинство нанимателей, въ особенности малоимущихъ, не въ состояніи въ достаточной мѣрѣ обезпечить свои личныя блага путемъ свободы договора (Менгеръ). Та же гарантія охраны личныхъ благъ нанимателя, какую даетъ нанимателю общегер. ул., именно—право отказаться отъ пользованія по найму, сопряженному съ значительной опасностью для здоровья, хотя бы наниматель заранее условился не прибѣгать къ такой гарантіи (ст. 544),—не выполнѣ, конечно, обезпечиваетъ бѣдныхъ нанимателей. Имъ волей-неволей приходится ютиться по чужимъ угламъ. Не совсѣмъ точно ст. 544 общегер. ул. воспроизведена Проектомъ въ ст. 1855. Въ п. 4 этой статьи говорится, что наниматель можетъ требовать прекращенія договора, когда пользованіе помещеніемъ, нанятымъ для жилья, сопряжено съ значительной

опасностью для нанимателя, хотя бы состояніе помѣщенія было извѣстно нанимателю до заключенія договора (ср. выше сенатская практика). Т. обр., Проектъ не говоритъ прямо о недѣйствительности договора, коимъ наниматель отказывается отъ осуществленія своего права, признаннаго указаннымъ пунктомъ ст. 1855.

б. Изъ имущественнаго найма, какъ двусторонняго договора, вытекаетъ, далѣе, право наймодавца требовать отъ нанимателя 1) установленнаго вознагражденія (наемной платы) и 2) возвращенія въ цѣлости нанятой вещи, по окончаніи найма.

1. Право наймодавца на плату предполагаетъ поступленіе въ пользованіе нанимателя сданнаго имущества (80/214). Напротивъ, 1) невозможность для нанимателя лично пользоваться имуществомъ не лишаетъ заимодавца права требовать такой платы. Такъ, напр., назначеніе лица военнаго сословія на службу на броненосецъ, назначенный для военныхъ дѣйствій, не освобождаетъ его отъ взноса платы (07/76), а равно не освобождаетъ отъ платы и переводъ чиновника по службѣ изъ одного мѣста въ другое (94/99 и 07/76). 2) Точно также наймодавецъ не лишается права на полученіе наемной платы въ томъ случаѣ, когда наниматель прекращаетъ договоръ по своему произволу до срока пользованія вещью (74/500, 75/674, 76/472, 89/192; иначе прежде, 70/84). Однако, требованіе всей платы, въ случаѣ досрочнаго прекращенія пользованія нанятымъ имуществомъ, не есть право безусловное: законъ не запрещаетъ сторонамъ опредѣлять послѣдствія досрочнаго нарушенія договора найма и по общимъ правиламъ, указаннымъ въ ст. 569 и 570 (76/120). 3) Неочищеніе нанимателемъ квартиры не даетъ права наймодавцу требовать платы за излишне прожитое время (70/781 и др.).—Наше законодательство, въ обезпеченіе наемной платы, не предоставляетъ наймодавцу закладнаго права на инвентарь или обстановку нанимателя. Иначе поступаетъ Проектъ (ст. 1830 и сл.). Цѣлесообразность этого нововведенія сомнительна.

2. Далѣе, наймодавецъ имѣетъ право на возвращеніе вещи въ цѣлости, безъ измѣненія ея назначенія. Поэтому наниматель обязанъ не только сохранять вещь, но и

пользоваться ею въ томъ видѣ, въ какомъ она передана, согласно цѣли договора. Нашъ законъ постановляетъ, однако, что наниматель не несетъ отвѣтственности за ущербъ, порчу и за самую гибель вещи, если противное не было условлено въ самомъ договорѣ (ст. 1691). Т. обр., нѣтъ по закону отвѣтственности нанимателя, если она положительно не выговорена (случайная принадлежность). Напротивъ, въ разъясненіе закона, сенатъ правильно (ср. ст. 684) признаетъ такую отвѣтственность, если ущербъ, порча или гибель вещи произошли по винѣ нанимателя или его домашнихъ (03/12). Впрочемъ, наниматель не отвѣчаетъ за тѣ дѣйствія домашнихъ, которыя влекутъ за собою личную для нихъ уголовную отвѣтственность, или вообще не относятся къ числу случаевъ, долженствующихъ входить въ область предусмотрительности и осторожности нанимателя (03/12). Что же касается отвѣтственности за случай, то она не возлагается на нанимателя, если онъ прямо не принялъ на себя этой отвѣтственности, напр., храненія вещи отъ пожара (ст. 1707, 72/349). Въ частности, Проектъ возлагаетъ на нанимателя, подъ страхомъ отвѣтственности за убытки, безъ замедленія извѣщать наймодавца о необходимости производить починки, лежащія на обязанности наймодавца, а также о всякомъ причиненіи посторонними лицами вреда нанятому имуществу (ст. 1837). Однако, это частное правило Проекта м. б. выведено изъ общаго правила объ обязанности нанимателя сохранять вещь и возвратить ее въ цѣлости.

2. Существенныя принадлежности договора имущественнаго найма: а) предметъ, б) плата и в) срокъ (ст. 1691).

а. Предметомъ найма могутъ быть какъ движимыя, такъ и недвижимыя вещи. Но такъ какъ наемъ предполагаетъ возвращеніе въ цѣлости той же самой вещи, то поэтому не могутъ быть предметомъ найма вещи потребляемыя. Что же касается, далѣе, найма правъ, то объ этомъ см. ниже (аренда). Наличие предмета найма для существованія договора настолько необходима, что договоръ найма немедленно прекращается, какъ только нанятое имущество вполне уничтожилось (69/1191 и др.), по какой бы то ни было причинѣ (81/82).

б. Наемная плата составляет существенную принадлежность имущественнаго найма (70/1681). Плата может быть опредѣлена, однако, не только деньгами, но частью произведеній земли (75/60, аренда), количествомъ сельскихъ работъ (74/509) и даже постройками, возведенными на чужой землѣ, отданной въ пользованіе на нѣсколько лѣтъ (наемъ изъ выстройки, стт. 1697, 1706). При чемъ сенатъ разъяснилъ, что право собственности на возведенныя постройки возникаетъ съ момента ихъ возведенія, а не со времени окончанія срока найма (69/583, 04/54, ср. ст. 1697). Наемная плата за квартиру не м. б., однако, опредѣлена движимостью, долженствующей перейти къ хозяину дома послѣ смерти нанимателя (69/1322). Во всякомъ случаѣ, въ чемъ бы наемная плата ни выражалась, она безусловно необходима, т. к. въ противномъ случаѣ былъ бы договоръ безвозмездный (ссуда).—Наемная плата вносится обыкновенно въ условленные сроки (99/78) и предполагаетъ возможность пользованія взятымъ въ наемъ предметомъ.

в. Опредѣленіе срока найма составляетъ также существенную принадлежность: безсрочное пользованіе чужою вещью, соединенное съ владѣніемъ, равнялось бы праву собственности (68/248, 99/68). Впрочемъ, по исключенію, городамъ не воспрещается отдавать принадлежащія имъ земли въ потомственное пользованіе (92/82). Хотя требованіе срока и преслѣдуетъ интересъ фискальный (устранить возможность передачи имѣнія въ полное обладаніе безъ совершенія крѣпостного акта, 99/68), тѣмъ не менѣе судъ не въ правѣ самъ возбуждать вопросъ о безсрочности имущественнаго найма (73/910). Возможны также сроки неопредѣленные, ограниченные извѣстнымъ періодомъ времени, напр., временемъ дѣйствія завода (73/910). Что касается, далѣе, опредѣленныхъ сроковъ, то наши гражданскіе законы требуютъ: 12 лѣтъ для отдачи въ наемъ недвижимыхъ частныхъ имуществъ (ст. 1692 и 1711). Въ видѣ исключенія, свыше 12 лѣтъ: 1) 30 лѣтъ для найма благопріобрѣтенныхъ пустопорожныхъ земель, когда предполагается на нихъ устроить фабрики или заводы, и для найма подъ дачи всякихъ пустопорожныхъ земель въ окрестностяхъ обѣихъ столицъ на 25-верстномъ отъ нихъ разстояніи; 2) 36 лѣтъ для найма у помѣщиковъ (82/85) земель, угодій и оброчныхъ статей, а также удѣльныхъ земель,

угодій и оброчныхъ статей; 3) 60 лѣтъ для найма земель подъ устройство подъѣздныхъ путей (т. XII ч. 1 по прод. 1893, ст. 2); 4) 90 лѣтъ для найма недвижимыхъ имуществъ въ предѣлахъ Ялтинскаго уѣзда, Таврической губерніи (ст. 1693); 5) отъ 24—99 лѣтъ для найма казенныхъ земель подъ хозяйственныя заведенія (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 28, прил. ст. 2) и до 99 лѣтъ подъ устройство дачъ (по закону 23 мая 1896 г.). Въ видѣ исключенія, на срокъ ниже 12 лѣтъ: 1) на одинъ годъ для найма церковныхъ участковъ православныхъ приходовъ въ западныхъ губерніяхъ (т. IX ст. 453, прил. ст. 29 п. 1) и 2) 6 лѣтъ для найма запасныхъ маіоратныхъ земель (ст. 504). Независимо отъ общаго правила о 12-лѣтнемъ срокѣ найма недвижимыхъ имуществъ и перечисленныхъ выше исключеній, существуютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и другіе особые сроки (см. прим. 1—3 къ ст. 1693, стт. 1694 и 1697). О срокахъ отдачи въ наемъ недвижимыхъ имуществъ, состоящихъ въ пожизненномъ владѣніи, см. ст. 1691¹.—Запрещеніе отдавать въ наемъ недвижимыя имущества на срокъ свыше 12 лѣтъ не влечетъ за собою недействительности договора, а имѣетъ послѣдствіемъ признаніе необязательности срока, превышающаго 12 лѣтъ (03/69). Однако, сенатъ считаетъ возможнымъ заключеніе договора съ предоставленіемъ нанимателю права по истеченіи 12-лѣтняго срока удержать за собою имѣніе еще на 12 лѣтъ (84/2, 75/181). Это разъясненіе сената фактически открываетъ возможность заключать договоры найма недвижимости и на срокъ въ 24 года, хотя юридически сенатъ и конструируетъ второй 12-лѣтній срокъ, какъ условіе о возобновленіи срока найма. При несоблюденіи этого условія противная сторона имѣетъ право исать убытки (84/2). Несомнѣнно, что 12-лѣтній срокъ для найма недвижимыхъ имуществъ стѣснителенъ для гражданскаго оборота. Поэтому Проектъ увеличиваетъ срокъ до 36 лѣтъ и признаетъ наемъ, заключенный на время жизни наймодавца и нанимателя, хотя бы и продолжавшійся свыше 36 лѣтъ (ст. 1817). Равнымъ образомъ, въ интересахъ сохраненія договора найма, проектъ признаетъ дѣйствительнымъ и такой договоръ, который заключенъ безъ укаванія срока. Въ такомъ случаѣ срокъ можетъ быть опредѣленъ мѣстными обычаями или временемъ, необходимымъ для достиженія цѣли, вытекающей изъ договора найма (ст. 1848). Въ Государственную Думу въ 1910 г. внесенъ

законопроектъ объ увеличеніи срока съ 12 лѣтъ до 36 лѣтъ. Законопроектъ сохраняетъ, однако, срокъ выше и ниже 12 лѣтъ и даже 12 лѣтъ для найма церковныхъ земель. Въ такомъ видѣ законопроектъ, очевидно, палліативная мѣра *).

3. а) По общему правилу, наемъ движимостей можетъ быть заключаемъ словесно, наемъ же недвижимостей—письменно и притомъ иногда—б) крѣпостнымъ порядкомъ (стт. 1700—1703).

а. Общее правило о формѣ найма движимыхъ и недвижимыхъ вещей имѣетъ, однако, довольно много исключеній. Такъ, 1) наемъ мореходныхъ и рѣчныхъ судовъ совершается письменно (ст. 1700). Напротивъ, наемъ городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городѣ возможенъ и въ словесной формѣ (ст. 1702; наемъ же загородной дачи на лѣто требуетъ письменной формы—72/550). 2) Наемъ сельскими обывателями земель у помѣщиковъ (82/85), между собою и у постороннихъ лицъ на сроки не свыше трехъ лѣтъ на всякую сумму, а на большіе сроки, именно отъ 3—12 лѣтъ, на сумму не свыше 300 рублей (82/64), можетъ быть заключаемъ словесно, съ внесеніемъ по желанію сторонъ договора въ книгу при волостномъ правленіи (ст. 1700).

б. Крѣпостная форма требуется въ томъ случаѣ, если договоръ найма недвижимостей будетъ заключенъ съ условіемъ полученія арендныхъ денегъ впередъ болѣе, чѣмъ за годъ (ст. 1703). Правда, при несоблюденіи крѣпостной формы законъ считаетъ такой наемъ недѣйствительнымъ. Однако, сенатъ правильно разъяснилъ, что несовершенство крѣпостнымъ порядкомъ договора найма недвижимости не отнимаетъ у договора его обязательной силы для договаривающихся сторонъ и ихъ наслѣдниковъ. Такой договоръ недѣйствителенъ только для кредиторовъ собственника и будущихъ пріобрѣтателей имѣнія (71/906, 72/60, 1266 и др.). Крѣпостная форма договора найма играетъ, слѣдовательно, роль обезпеченія интересовъ третьихъ лицъ. Поэтому же законъ требуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, чтобы на

*) Ландау, Новый законъ объ арендѣ (Право, 1910, № 21).

самое имѣніе по количеству взятой впередъ наемной платы было налагаемо запрещеніе (п. 5 ст. 1703).—Несомнѣнно, что сложность формы договора найма въ русскомъ законодательствѣ составляетъ его недостатокъ. Нѣкоторыя законодательства ограничиваются требованіемъ одинаковой формы какъ при наймѣ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ вещей. Правило это цѣлесообразно: не всегда легко различить наемъ движимости отъ найма недвижимости, напр., при наймѣ сада. Такъ, сенатъ (довольно сомнительно) разъясняетъ, что если имѣется въ виду снятіе въ саду плодовъ въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ, то это наемъ недвижимости (69/258, 603), если же наемъ сада (безъ земли) для снятія плодовъ заключенъ на одинъ годъ, то это—наемъ движимости (70/588). Различіе по продолжительности найма принято и въ общегер. ул. Оно требуетъ письменной формы для найма поземельныхъ участковъ со срокомъ болѣе, чѣмъ на одинъ годъ (ст. 566). Напротивъ, Проектъ слѣдуетъ одновременно принципамъ германскаго и французскаго законодательства (§ 33 V 2). „Договоръ пайма, по которому наемная плата за годъ либо за весь срокъ, если онъ менѣе года, превышаетъ триста рублей или который заключенъ на срокъ свыше трехъ лѣтъ либо пожизненно, долженъ быть удостовѣренъ на письмѣ“ (Проектъ, ст. 1819).

4. *Договоръ имущественнаго найма прекращается нормально съ истеченіемъ срока.*

Въ этомъ отношеніи современное гражданское право стремится сохранить пользованіе вещью въ теченіе всего срока и въ томъ случаѣ, когда вещь, отданная въ наемъ, перешла отъ одного собственника къ другому. Этимъ вносится желательная устойчивость въ столь важную сдѣлку, каковой является въ гражданскомъ оборотѣ имущественный наемъ. Въ уровнѣ съ современнымъ гражданскимъ правомъ стоитъ и наша сенатская практика. Она сохраняетъ силу за договоромъ имущественнаго найма даже въ томъ случаѣ, когда пріобрѣтатель вещи не зналъ о таковомъ договорѣ (73/1224, 74/272, 05/50, ср., однако, 79/129). Изъ общаго правила о сохраненіи силы договора имущественнаго найма сдѣланы исключенія въ двухъ случаяхъ: во-первыхъ, при продажѣ имѣнія съ публичнаго торга, для пріобрѣтателя не-

обязателенъ имущественный наемъ, не предъявленный ни при описи, ни при торгѣ и вообще не извѣстный пріобрѣтателю (83/89, 98/8). Во-вторыхъ, имущественный наемъ не обязателенъ для пріобрѣтателя въ томъ случаѣ, когда вещь не была еще передана въ пользованіе (77/83 и др.), или когда наемъ не былъ заключенъ письменно (82/36)*. Въ основаніе сенатской практики полагаютъ обыкновенно ст. 521 т. X ч. 1. Въ этой ст. говорится, что вотчинникъ можетъ уступить или передать кому-либо по своему произволу принадлежащее ему право собственности на имущество, „впрочемъ не стѣсняя тѣмъ правъ отдѣльнаго владѣнія“. Такая ссылка на ст. 521 едва ли правильна. Имущественный наемъ хотя предполагаетъ пользованіе вещью и владѣніе, однако владѣніе нанимателя не можетъ быть названо „правомъ отдѣльнаго владѣнія“. Подъ послѣднимъ разумѣется вещное право, а не обязательственное. Необходимо, поэтому, созданіе соответствующаго данному предмету особаго постановленія закона.

II. Аренда.

Наше законодательство, устанавливая различные виды найма (стт. 1709—1713), не проводитъ въ то же время существеннаго различія между имущественнымъ наймомъ и особымъ его видомъ, арендой.

1. *Подъ именемъ аренды разумѣется такой видъ договора имущественнаго найма, въ силу котораго наниматель (арендаторъ) не только имѣетъ право пользоваться вещью, но и извлекать изъ нея плоды (физическіе и юридическіе).*

Т. обр., аренду, какъ институтъ обязательственнаго права, можно сравнить съ пользовладѣніемъ, какъ вещнымъ институтомъ. Помимо болѣе широкаго содержанія, аренда, въ отличіе отъ найма, характеризуется еще и тѣмъ, что предметомъ аренды преимущественно являются недвижимостъ и права. Такъ, напр., въ аренду могутъ быть сдаваемы рыбныя ловли, сборы съ городскихъ вѣсовъ и др. статьи, принадле-

*) Слѣдуетъ замѣтить, что арендный договоръ не обязателенъ для залогодержателя (71/440, иначе 68/468, 67/308).

жащія городамъ, въ коихъ не введено городовое положеніе (прим. къ ст. 1710, 80/36, 92/82). Равно возможна аренда изобрѣтенія (Колеръ). Впрочемъ, сенатъ не склоненъ признавать право, какъ предметъ аренды, въ томъ случаѣ, когда совладѣлецъ въ общемъ имѣніи хочетъ сдать въ аренду свою долю. Въ этомъ случаѣ сенатъ требуетъ фактическаго распредѣленія частей общаго имѣнія между совладѣльцами (77/36 и др.). Проектъ прямо признаетъ предметомъ найма приносящія доходъ права (ст. 1816). Слѣдуетъ замѣтить, что возможна и аренда движимостей, напр., аренда стада. Напротивъ, сенатъ подъ арендою понимаетъ обыкновенно наемъ недвижимости.

2. Неразработанность института аренды въ русскомъ гражданскомъ законодательствѣ, несмотря на то, что этотъ видъ имущественнаго найма играетъ нынѣ большую роль въ гражданскомъ оборотѣ, легко объясняется исторіей возникновенія даннаго института.

Имущественный наемъ въ исторіи предшествовалъ арендѣ и, вслѣдствіе этого, наложилъ на аренду, на ея организацію, особенности, ей не свойственныя. 1) Имущественный наемъ—институтъ чисто обязательственнаго права. Между тѣмъ аренда стремится пріобрѣсть вещную твердость (I 4). 2) Договоръ аренды не даетъ арендатору самостоятельной защиты владѣнія, между тѣмъ какъ, при широкомъ развитіи въ гражданскомъ оборотѣ арендныхъ отношеній, арендаторъ нуждается въ таковой защитѣ (§ 19 I 2). 3) Аренда требуетъ особыхъ постановленій о срокахъ для отказа отъ аренды (сроки предваренія) и вообще большей обезпеченности арендаторовъ отъ произвола собственниковъ. Между тѣмъ какъ современная аренда носитъ на себѣ печать неопредѣленности, свойственной имущественному найму, и въ отношеніяхъ между собственникомъ и арендаторомъ. 4) Аренда не должна зависѣть отъ вещной власти собственника; однако, это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ законодательствахъ, коими предоставляется залоговое право на инвентарь арендатора. Въ этомъ отношеніи нашъ Проектъ дѣлаетъ шагъ назадъ (см. I 1 б. 1). Такимъ обр., аренда, возникшая изъ имущественнаго найма, не успѣла еще обособиться отъ него въ особый договоръ, и въ этомъ слабая сторона аренды въ современномъ гражданскомъ правѣ (см., однако, общегерм. ул. ст. 581 и сл.).—Проектъ выдѣляетъ въ особый видъ

наемъ скота (ст. 1864 и сл.), но не проводить различія между арендой и имущественнымъ наймомъ (мотивы къ ст. 1815).

§ 50. Ссуда.

1. Ссудой называется а) односторонний договоръ, въ силу котораго ссудодатель имѣетъ б) право требовать отъ ссудоприноимателя вернуть ему, въ назначенный срокъ или по востребованію, то же самое движимое имущество и въ томъ же самомъ состояніи, въ какомъ оно было в) дано въ пользованіе ссудоприноимателя, безъ всякаго за то вознагражденія (ср. ст. 2064).

а. Односторонний договоръ ссуды такъ же, какъ и займа (§ 46 I 1), возникаетъ въ русскомъ правѣ съ передачею ссудодателемъ движимаго имущества ссудоприноимателю. Слѣдовательно, легко отличить и здѣсь отъ окончательнаго договора предварительный договоръ ссуды. Въ силу послѣдняго договора ссудоприноиматель имѣетъ лишь право требовать передачи себѣ условленныхъ движимыхъ вещей въ пользованіе, т. е. заключенія договора ссуды. Однако, односторонний характеръ ссуды такъ же, какъ и займа, нѣсколько сомнителенъ, вслѣдствіе неясности текста закона. „Подъ именемъ ссуды, говоритъ законъ, разумѣется договоръ, по силѣ коего одно лицо уступаетъ другому право пользоваться своимъ движимымъ имуществомъ...“ Слово „уступаетъ“, вмѣсто „обязано уступить“, показываетъ, что передача ссужаемой вещи совершается въ самый моментъ заключенія договора и совпадаетъ съ его возникновеніемъ. Однако, слова: „разумѣется договоръ, по силѣ коего“, показываютъ также, что договоръ уже возникъ, и уступка ссужаемой вещи происходитъ въ силу этого договора. Т. обр., ст. 2064 несомнѣнно страдаетъ неясностью. Проектъ остается на почвѣ односторонняго договора (ст. 1869). Напротивъ, общегер. ул. формулируетъ договоръ ссуды, какъ двусторонний, признавая обязанность ссудодателя предоставить безвозмездно ссудоприноимателю пользованіе какой-либо вещью (ст. 598). Во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ сказать, что въ жизни ссуда является одностороннимъ договоромъ и въ общемъ, какъ договоръ безвозмездный, не играетъ большой роли.—Ссуду необходимо отли-

чать, во-первыхъ, отъ займа. Въ противоположность займу, предметъ ссуды составляютъ также вещи незамѣнимыя, и возвращаются тѣ же самыя вещи, а не того же рода и качества. Во-вторыхъ, ссуду необходимо отличать отъ даренія, такъ какъ ссудодатель не лишается вещи и нѣтъ уменьшенія его имущества, какъ то имѣетъ мѣсто въ дареніи. Въ-третьихъ, ссуда отличается отъ имущественнаго найма, т. к. она не требуетъ вознагражденія и можетъ быть безсрочной. Въ-четвертыхъ, ссуда отличается отъ поклажи, т. к. ссуда направлена на пользованіе вещью, а не на храненіе ея, и вещь не можетъ быть истребована до срока по усмотрѣнію ссудодателя, каковое право предоставлено поклажедателю (§ 54). Слѣдуетъ еще избѣгать смѣшенія названія ссуды съ названіемъ ссудою другихъ сдѣлокъ, какъ-то: займа подъ залогъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей (ссуды, выдаваемыя банками и ссудными кассами).

б. Ссудодатель имѣетъ право требовать отъ ссудопринимателя 1) возврата переданныхъ вещей 2) въ томъ же самомъ состояніи, въ какомъ онѣ были переданы.

1. Право ссудодателя требовать возврата переданныхъ вещей не можетъ быть осуществлено до наступленія срока, если договоръ ссуды былъ срочный. Досрочнымъ требованіемъ ссудоприниматель былъ бы лишенъ пользованія. Иначе, конечно, будетъ, если договоръ ссуды—безсрочный. Однако, принимая во вниманіе, что ссуда есть договоръ безмездный, имѣетъ характеръ даровой услуги, общегер. ул. предоставляет ссудодателю право на досрочное возвращеніе вещи, если ссудодатель, по непредвидѣннымъ обстоятельствамъ, самъ нуждается въ ссуженной вещи (п. 1 ст. 609 и соответствующая ст. 1878 Проекта). Наши гражданскіе законы не говорятъ о такомъ правѣ ссудодателя.

2. Ссуженныя вещи должны быть возвращены тѣ же самыя, въ томъ же самомъ состояніи, въ какомъ онѣ были приняты (ст. 2067). Отсюда не слѣдуетъ, однако, чтобъ ссудодатель имѣлъ право на возмѣщеніе убытковъ, если порча ссуженной вещи была послѣдствіемъ согласнаго съ договоромъ употребленія ея, коль скоро такое употребленіе не было небрежное и не обнаруживало нерадѣнія въ сохраненіи вещи въ цѣлости.

Только въ томъ случаѣ, если гибель и порча вещи произошли по винѣ ссудоприимателя,—послѣдній обязанъ заплатить ссудодателю цѣну поврежденнаго имущества (ст. 2068; 70/1354, 81/89). Вполнѣ понятно, что ссудоприиматель не несетъ также никакой отвѣтственности за гибель или порчу ссуженной вещи вслѣдствіе случая (81/89).

2. *Существенныя принадлежности ссуды, кромѣ соглашенія, составляютъ: а) предметъ договора и б) безмездность.*

а. Предметомъ ссуды по русскому законодательству могутъ быть вещи только движимыя (ст. 2064). Т. обр., наши законы не говорятъ о ссудѣ недвижимаго имущества. Между тѣмъ въ жизни встрѣчается безмездное предоставленіе помѣщенія въ своемъ домѣ, каковое отношеніе подойдетъ подъ понятіе ссуды недвижимости. Вотъ почему общегер. ул. (ст. 598), а вслѣдъ за нимъ и Проектъ (ст. 1869) признаютъ также ссуду недвижимости. Не всѣ, впрочемъ, и движимыя вещи м. б. предметомъ ссуды. Такъ, невозможна ссуда потребляемыхъ вещей. Что касается правъ, то въ виду того, что права относятся къ движимымъ имуществамъ (ст. 402), нѣтъ основанія не считать права предметомъ ссуды.

б. Безмездность—безусловно существенная принадлежность ссуды, опредѣленно отличающая этотъ договоръ отъ другихъ смежныхъ съ нимъ договоровъ. Въ отступленіе отъ этого правила, сенатъ допускаетъ, однако, отдачу билетовъ внутренняго съ выигрышами займа въ ссуду (т. е. отдачу въ залогъ) за извѣстное вознагражденіе (72/124).

3. *Въ законѣ не говорится о письменной формѣ договора ссуды. Поэтому кассационная практика допускаетъ заключеніе договора ссуды и словесно (70/1354 и др.).*

Не требуетъ также письменной формы и Проектъ (ст. 1870). Слѣдуетъ, однако, помнить, что договоръ ссуды совершается съ передачей ссужаемой вещи (см. 1 а).

Глава VIII. Договорныя обязательства, направленные на пользование чужимъ трудомъ (трудовые договоры).

§ 51. Наемъ услугъ и, какъ особые виды его, наемъ прислуги и тарифный рабочій договоръ.

Среди договорныхъ обязательствъ, направленныхъ на пользование чужимъ трудомъ, первое мѣсто въ жизни по своему значенію занимаетъ наемъ услугъ, или рабочій договоръ съ его различными видами. Другими типами трудовыхъ договоровъ будутъ: подрядъ (§ 52) и порученіе (довѣренность, § 53). Всѣ эти типы трудовыхъ договоровъ, за исключеніемъ порученія (довѣренности), называются личнымъ наймомъ. Наши законы не относятъ, однако, подрядъ къ личному найму. Такимъ образомъ, наименованіе личный наемъ, принятое въ т. X ч. 1, приложимо у насъ лишь къ найму услугъ.

I. Наемъ услугъ (личный наемъ).

1. *Наемъ услугъ есть а) двусторонній договоръ, въ силу котораго б) наниматель въ правѣ требовать совершенія условленныхъ услугъ, а в) нанявшійся-- условленнаго за то вознагражденія (платы, жалованія).*

а. Двусторонній характеръ договора личного найма вполне ясенъ. И если конструкція даннаго договора возбуждаетъ какія либо сомнѣнія, то лишь въ области примѣненія принципа свободы договора. Дѣло въ томъ, что оказаніе услугъ тѣсно связано съ личностью нанявшагося. Тяжелая и продолжительная работа подмастерьевъ, домашней прислуги, заводскихъ и сельскихъ рабочихъ можетъ вредно отражаться на здоровьѣ и вообще личныхъ благахъ нанявшихся. Вслѣдствіе этого власть работодателя косвенно распространяется на личность нанявшихся и приближается, такимъ образомъ, къ власти мужа и отца. Если же и семейная власть нынѣ ограничена государствомъ (принципъ вмѣшательства государства), то тѣмъ болѣе должна быть ограничена власть работодателя, которая не смягчена любовью мужа и отца. Однако, принципъ вмѣшательства государства въ области регулированія найма услугъ (личнаго найма) далеко еще не про-

веденъ въ современномъ гражданскомъ правѣ. Такъ, слабо организована посредническая дѣятельность государства по пріисканію работы и распредѣленію труда (биржи труда). Далѣе, самая регулировка государствомъ труда, его условій, гарантирующихъ личныя блага нанявшихся, далеко не проведены во всѣхъ областяхъ промышленной дѣятельности, а въ особенности въ сельскомъ хозяйствѣ и въ домашнемъ услуженіи. Наконецъ, непосредственно въ самой области гражданского права сравнительно еще мало сдѣлано для охраны личныхъ благъ нанявшихся, защиты ихъ личности. Въ этомъ отношеніи и общегер. уложеніе не лишено существенныхъ недостатковъ. Оно, правда, обязываетъ нанимателя лечить нанявшагося (ст. 617) и вообще возлагаетъ отвѣтственность на нанимателя въ цѣляхъ огражденія здоровья, жизни и нравственности нанявшагося (ст. 618). При чемъ указанная отвѣтственность нанимателя не можетъ быть сложена вполнѣ или въ части по договору (ст. 619). Однако, отвѣтственность за личныя блага нанявшагося предполагаетъ небрежность нанимателя, т. е. непринятіе имъ надлежащихъ мѣръ по приспособленію, напр., помѣщенія, по устройству орудій, по распредѣленію времени работы и отдыха и т. д. Между тѣмъ было бы цѣлесообразно наложить отвѣтственность не только за небрежность въ указанныхъ отношеніяхъ, но и за чрезмѣрное своекорыстіе (эксплоатацію). Проектъ гр. ул. слѣдуетъ и въ этомъ случаѣ въ общемъ за общегер. ул. (Проектъ, стт. 1943 и 1944). Данная выше характеристика имущественнаго найма, какъ отношенія длительного и временнаго (§ 49 I 1 а), приложима и къ найму услугъ (личному найму).

б. Наниматель имѣетъ право требовать не только 1) совершенія условленныхъ услугъ, но и 2) вознагражденія за причиненіе убытковъ ненадлежащимъ исполненіемъ услугъ.

1. Въ нашемъ законодательствѣ прямо постановлено, что наниматель (хозяинъ) въ правѣ требовать отъ нанявшагося только такой работы, какая условлена по договору, или той, для которой наемъ учиненъ (ст. 2229). Независимо отъ этого оно требуетъ отъ нанявшагося „быть вѣрнымъ, послушнымъ и почтительнымъ къ хозяину и его семьѣ и стараться добрыми

поступками и поведением сохранять домашнюю тишину и согласие“ (ст. 2230). И далее: „Нанявшемуся воспрещается безъ вѣдома своего хозяина брать или отправлять чужую работу“ (ст. 2232). Указанныя статьи вполне подчеркивают семейную организацію найма услугъ и личную зависимость нанявшагося отъ нанимателя. Эта зависимость не исключаетъ, однако, для нанявшагося возможности уголовной отвѣтственности за промотанное хозяйское добро (ст. 2234).

2. Наниматель имѣетъ право требовать отъ нанявшагося, „который небреженіемъ своимъ причинить вредъ или ущербъ ввѣренному ему имуществу“, чтобы онъ платилъ за это хозяину „безотговорочно“ или выслужилъ причиненные имъ убытки (ст. 2233, см. также ст. 2239). Вообще „нанявшійся долженъ по порученному ему отъ хозяина дѣлу стараться сколько можно отворачивать всѣ могущіе случиться убытки“ (ст. 2231, ср. 2234). Такимъ образомъ, нанявшійся не отвѣчаетъ лишь за вредъ, причиненный не по его винѣ или случайно. См. выше 1 (конецъ).

в) *Нанявшійся въ правѣ требовать 1) условленнаго вознагражденія и 2) выдачи аттестата въ производствѣ работъ.*

1. Вознагражденіе, т. е. жалованіе, или плата, должно быть выдано согласно условію (ст. 2229); причемъ сенатъ лишаетъ нанявшагося права на вознагражденіе въ томъ случаѣ, если онъ окажется неспособнымъ къ работѣ, или если будетъ исполнять ее небрежно, въ ущербъ нанимателю, или прекратитъ работу, или вообще существенно нарушитъ договоръ (71/946, 72/211, 74/103, 434, 76/52). Это значитъ, что вознагражденіе предполагаетъ не только выполненіе работы, но и надлежащее, дѣйствительное ея выполненіе (ст. 2228). Исключеніе сдѣлано сенатомъ для врача съ годовымъ окладомъ. Вознагражденіе врача не обусловливается дѣйствительнымъ леченіемъ кліента, если только врачъ не уклонялся отъ принятыхъ на себя обязанностей (72/235). Въ понятіе вознагражденія не входитъ содержаніе нанявшагося (одежда, квартира, пища), если такое содержаніе не было условлено (ст. 2223). Наше законодательство не обязываетъ также работодателя лечить нанявшагося: исключеніе

сдѣлано для сельско-хозяйственныхъ рабочихъ (ст. 34 Пол. о наймѣ на сельск. работы).

2. Право на аттестатъ признано только въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 2247). Право на аттестатъ слѣдуетъ отличать отъ регистраціи. Подъ регистраціей разумѣется запись подъ надзоромъ общественной власти выполненія нанявшимися частно-правовыхъ договоровъ, т. е. внесеніе въ книгу мѣстной хозяйствъ о степени вѣрности нанявшагося своимъ долговымъ обязательствамъ. Понятно, что такая регистрація ведется больше въ интересахъ хозяйствъ, чѣмъ нанявшихся, и поэтому не можетъ быть отнесена къ правамъ нанявшагося, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи права на аттестатъ.

2. *Существенныя принадлежности найма услугъ (личнаго найма), помимо соглашенія, составляютъ: а) предметъ, б) плата и в) срокъ.*

а. Предметомъ найма услугъ можетъ быть всякій трудъ не только физическій, но и умственный (67/43, 73/188). Предметомъ найма услугъ не можетъ быть, однако, заказъ, *) напр., заказъ платья, сапогъ и т. д.; иначе, однако, сенать (71/221). Не могутъ быть также предметомъ найма услугъ дѣйствія повѣреннаго (67/298), т. е. здѣсь имѣется особый договоръ довѣренности. По общему правилу дѣйствіе нанявшагося должно быть личнымъ дѣйствіемъ, но этимъ не исключается возможность употреблять для работы свой матеріалъ, свои средства, своихъ рабочихъ (75/537).

б. Плата въ законѣ называется рядною платою (ст. 2218). Причемъ одно неозначеніе платы въ договорѣ не влечетъ еще потери права на вознагражденіе. Плата за работу можетъ быть опредѣлена всякаго рода доказательствами (77/144). Самая плата можетъ быть производима не только въ опредѣленномъ размѣрѣ, но и въ видѣ процентовъ съ прибыли (ст. 2219). Не требуется также, чтобы плата была выражена деньгами. Воспрещается лишь винокуреннымъ заводчикамъ платить работникамъ

*) Заказъ однороденъ съ подрядомъ; оба направлены на результатъ дѣйствія, а не на самыя дѣйствія (услуги).

вмѣсто денегъ выкуриваемымъ на ихъ заводахъ хлѣбнымъ виномъ и выдѣлываемыми изъ него водками (ст. 2222), а фабричнымъ рабочимъ платить вещами и продуктомъ производства (ст. 99 уст. о пром.).

в. Срокъ найма услугъ (личнаго найма) опредѣляется договаривающимися лицами, но 1) не можетъ простирается долѣе 5 лѣтъ (стт. 2214 и 2215). Это объясняется тѣмъ, что наемъ услугъ (личный наемъ), благодаря своему длительному характеру, ограничиваетъ личность нанявшагося и долженъ, поэтому, быть непремѣнно срочнымъ. Договоръ, заключенный на срокъ болѣе 5 лѣтъ, будетъ дѣйствителенъ не долѣе 5 лѣтъ (69/888, 1167). 2) Въ частности, для поддержанія паспортной системы русскій законодатель признаетъ недѣйствительнымъ договоръ, заключенный на срокъ долѣе срока, до котораго выданъ паспортъ нанявшагося (ст. 2216, 83/66, 72/275). Срокъ для иностранцевъ опредѣляется по паспортамъ, выдаваемымъ имъ начальникомъ губерніи (77/674). 3) Если срокъ не установленъ, то работа должна быть окончена въ возможный для такихъ работъ срокъ. Наше законодательство не устанавливаетъ даннаго правила, но оно слѣдуетъ изъ самаго существа договора найма услугъ (личнаго найма). Въ частности, о безсрочномъ договорѣ личнаго найма ремесленника говорить и самъ законъ (ст. 2217).

3. *Договоръ личнаго найма, за исключеніемъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ законѣ и сенатской практикѣ, долженъ быть совершаемъ въ письменной формѣ.*

Такъ, 1) согласно закону, по исключенію можетъ быть совершаемъ словесно наемъ слугъ и рабочихъ людей (ст. 2226, наемъ по видамъ на жительство) и пріемъ цеховыми мастерами рабочихъ, относящихся до ихъ мастерства. 2) Въ цѣломъ рядѣ сенатскихъ разъясненій дозволяется заключать словесно договоры найма: объ обработкѣ земли исполу (71/206), объ обработкѣ кожъ (74/272), о наймѣ музыкантовъ (68/725), о наймѣ для мытья бѣлья (70/695), архитектора для наблюденія за работами (70/1113), землемѣра о вознагражденіи за межеваніе дачи (70/1936), о перевозкѣ тяжестей, если такая перевозка не составляетъ подряда (74/547), о наймѣ поденныхъ рабочихъ по порученію хозяина лицомъ, производившимъ опредѣленные рабо-

ты въ домѣ его (77/73). Что касается найма учителя, то необходима письменная форма (77/13, иначе прежде — 70/536). Несомнѣнно, что требованіе письменной формы для договора найма услугъ (личнаго найма) стѣсняетъ гражданскій оборотъ безъ крайней въ томъ нужды. Поэтому слѣдовало бы допустить совершеніе договора найма услугъ (личнаго найма) словесно. Тѣмъ болѣе, что въ ст. 2224-ой не говорится о необходимости вообще письменной формы, а лишь о засвидѣтельствovanіи: „договоръ о личномъ наймѣ можетъ быть предъявленъ къ засвидѣствованію у нотариуса“. Впрочемъ, стѣсненіе гражданского оборота требованіемъ письменной формы не такъ ощутительно, т. к. письменная форма имѣетъ лишь значеніе доказательства. Поэтому возможно представлять въ удостовѣреніе договора какія-либо иныя письменныя доказательства, напр., расчетныя книжки, квитанціи, письма и т. д. (68/832 и др., 80 155).

4. *Договоръ нормально прекращается истеченіемъ срока (ст. 2238).*

Однако, такъ какъ договоръ найма есть отношеніе личное, то онъ можетъ прекратиться и до срока, 1) смертью хозяина (ст. 2238). 2) Досрочное прекращеніе обязательства возможно также и при несоблюденіи условій договора (въ частности см. ст. 2233). Нашъ законъ борется съ самовольнымъ уходомъ фабрично-заводскихъ и сельско-хозяйственныхъ рабочихъ (см., напр., наемъ по договорнымъ листамъ, стт. 69 и сл. пол. о сельск. наймѣ). Вообще вопросъ о прекращеніи договора мало разработанъ; въ частности, въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ постановленій о срокахъ предваренія для прекращенія договора; этотъ недостатокъ восполняетъ Проектъ (ст. 1951). 3) Слѣдуетъ, наконецъ, замѣтить, что договоръ личнаго найма можетъ быть во всякое время прекращенъ несовершеннолѣтними, нанявшимися безъ позволенія родителей или опекуновъ (ст. 2202, 74/891). Равнымъ образомъ, и мужья могутъ прекратить договоры личнаго найма женъ, нанявшихся въ услуженіе безъ ихъ согласія (§ 5 I а. 4).

II. Наемъ домашней прислуги.

1. *Какъ особый видъ личнаго найма, наемъ домашней прислуги характеризуется двумя чертами: а) правомъ на-*

нимателя требовать отъ прислуги выполненія тѣхъ работъ, которыя будутъ указаны, и б) выполненія ихъ въ домашнемъ хозяйствѣ нанимателя.

а. Т. обр., обязанности нанявнагося (прислуги) не имѣютъ вполне опредѣленнаго характера. Эти обязанности ограничиваются лишь общимъ понятіемъ той дѣятельности, ради которой нанята прислуга, напр., обязанностями лакея, кучера, повара, кухарки и т. д. Такая неопредѣленность обязанностей и ставитъ личность прислуги въ большую зависимость отъ хозяина.

б. Эта зависимость тѣмъ болѣе велика, что выполненіе прислугой своихъ обязанностей происходитъ въ домашней обстановкѣ нанимателя. Отсюда, весь договоръ найма домашней прислуги сохраняетъ въ настоящее время характеръ наиболѣе патріархальный и нуждается въ разумной нормировкѣ, соответствующей не только требованіямъ гражданскаго оборота, но и достоинству человѣческой личности. Между тѣмъ въ современномъ правѣ, несмотря на всю важность указаннаго договора, наименѣе урегулированъ наемъ прислуги. Въ нашемъ же законодательствѣ наемъ домашней прислуги отдѣльно не регулируется (ср. ст. 2201 п. 1).

2. *Этотъ пробѣлъ нашего законодательства и пытается восполнить Проектъ (стт. 1958—1970).*

Существенныя черты Проекта таковы: 1) хозяинъ имѣетъ право требовать, чтобы прислуга повиновалась хозяину, относилась къ нему и его домашнимъ почтительно, соблюдала вѣжливость и услужливость въ отношеніи его посѣтителей, заботилась о пользѣ и выгодахъ хозяина, предотвращала отъ него по возможности всякіе убытки и охраняла какъ его самого, такъ и членовъ его семьи отъ угрожающей имъ опасности (стт. 1960—1962). 2) Въмѣсто всего этого прислуга въ правѣ требовать отъ хозяина, помимо жалованья, бесплатнаго помѣщенія и продовольствія, хорошаго съ ней обращенія, неоскорбленія ея дѣйствіемъ и бранными словами (стт. 1963 и 1964). При этомъ помѣщеніе и продовольствіе должны соответствовать условіямъ, обеспечивающимъ здоровье прислуги, а въ случаѣ ея болѣзни на хозяина возлагается обязанность оказывать прислугѣ уходъ и врачебную помощь, не вычи-

тывая жалованья въ теченіе одной недѣли и не увольняя ее въ теченіе двухъ недѣль, если со времени поступленія прислуги на мѣсто прошло болѣе мѣсяца (ст. 1965). 3) Проектъ весьма подробно перечисляетъ причины увольненія прислуги и ея отказа отъ мѣста. Причемъ Проектъ чрезвычайно широко опредѣляетъ кругъ причинъ для немедленнаго увольненія прислуги (ст. 1968) и такимъ образомъ ставитъ прислугу въ большую зависимость отъ хозяина. Напр., хозяинъ въ правѣ немедленно уволить прислугу въ случаѣ самовольной отлучки ея, продолжавшейся болѣе 24 часовъ. Любопытно, однако, то, что и прислуга въ правѣ немедленно отойти отъ мѣста вслѣдствіе отягощенія ее чрезмѣрною работою (п. 3 ст. 1969). Такимъ правомъ немедленнаго ухода, не требующагося по существу дѣла, ставятся уже въ тяжелое положеніе хозяева. Коротче, Проектъ не разрѣшилъ задачи правильной нормировки договора найма прислуги. Данный институтъ еще ждетъ своего творца.

III. Тарифный (коллективный) рабочий договоръ.

1. *Въ силу тарифнаго (коллективнаго) рабочаго договора союзъ или группа рабочихъ, съ одной стороны, и работодатель, союзъ или группа работодателей, съ другой стороны, въ правѣ требовать другъ отъ друга, чтобы индивидуальныя договоры о личномъ наймѣ заключались участниками тарифнаго договора не ниже условій, опредѣленныхъ тарифнымъ договоромъ.*

Т. обр., тарифный рабочий договоръ, какъ особый видъ личнаго найма, характеризуется слѣдующими чертами: 1) Субъектами такого договора являются коллективы (работодатель можетъ быть и одинъ). 2) Предметомъ договора служитъ заключеніе индивидуальнаго договора личнаго найма не ниже условій, выработанныхъ въ тарифномъ договорѣ. Этотъ минимумъ общихъ и одинаковыхъ условій для всѣхъ участниковъ придаетъ данному договору характеръ тарифнаго договора. 3) Тарифный договоръ ставитъ, т. обр., границы свободѣ договора отдѣльныхъ лицъ и представляетъ собою, поэтому, рѣзкое ограниченіе принципа свободы воли лица. Поэтому съ правно-политической и догматической точекъ зрѣнія данный до-

говоръ возбуждаетъ цѣлый рядъ сомнѣній и не имѣетъ еще сложившейся юридической структуры *).

2. Наше законодательство не знаетъ тарифнаго рабочаго договора.

Это понятно, т. к. и въ передовомъ современномъ гражданскомъ законодательствѣ указанный договоръ далеко еще не является общепризнаннымъ. Тѣмъ не менѣе, основу для возникновенія такихъ договоровъ можно попытаться найти въ т. X ч. 1. Ст. 1528 требуетъ, чтобы цѣль договора не была противна законамъ, благочинію и общественному порядку. Тарифный, или коллективный рабочий договоръ, имѣющій своей цѣлью регулировать условія труда, едва ли можетъ быть признанъ противорѣчащимъ ст. 1528. И это тѣмъ болѣе, что принудительность условій найма предполагаетъ добрую волю на то участника тарифнаго договора. Самая же возможность заключенія тарифнаго договора можетъ быть обоснована статьею 2293, въ силу которой частныя лица могутъ выдавать довѣренности. Т. обр., если группа рабочихъ или работодателей выдастъ довѣренности какому-либо лицу, физическому или юридическому (82/151), напр., союзу, то этимъ путемъ можетъ быть заключенъ тарифный, или коллективный рабочий договоръ. Слѣдовательно, едва ли можно отрицать возможность возникновенія у насъ тарифнаго договора, хотя въ гражданскихъ законахъ данный договоръ и не предусматривается. Указанный договоръ можетъ выработаться въ самой жизни, какъ это имѣло мѣсто въ отношеніи договора страхованія.—О другихъ видахъ найма услугъ (личнаго найма) см. ст. 2201 и примѣчаніе къ ней.

§ 52. Подрядъ.

1. Подрядъ есть двусторонній, а) особый въ нашемъ правѣ договоръ, въ силу котораго б) подрядившій имѣетъ

*) Таль, Тарифный (коллективный) договоръ, какъ институтъ гражданского права, 1909 г. Войтинскій, Основные вопросы юридическаго ученія о тарифномъ рабочемъ договорѣ (Вопросы общественно-дѣнія, т. II 1910 г.). Уго же, Коллективныя соглашенія объ условіяхъ труда (тарифный рабочий договоръ), какъ проблема законодательства. (Право, 1911 г., №№ 21—24).

право требовать отъ подрядчика результата дѣйствій (выполненнаго предпріятія), а подрядчикъ—в) условленнаго за то вознагражденія отъ подрядившаго.

а. Въ сущности подрядъ не есть особый договоръ, а лишь видъ личнаго найма. Его цѣль—не предоставленіе другой сторонѣ самихъ дѣйствій, а ихъ результата. Однако, нашъ законъ выдѣляетъ подрядъ въ особый договоръ, отличный отъ договора личнаго найма. Это объясняется тѣмъ, что съ именемъ подряда соединяется въ нашемъ правѣ достиженіе особого результата дѣйствій — выполненія какого-либо предпріятія иждивеніемъ подрядчика (ст. 1737). На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатъ. Онъ разумѣетъ подъ предпріятіемъ такой особый результатъ работы, достиженіе котораго требуетъ обширности, сложности и цѣнности работы (75/537 и др.). Указанные признаки предпріятія несомнѣнно условны. Поэтому, напр., договоръ о штукатурныхъ и деревянныхъ работахъ въ домѣ (77/73 и др.) можетъ быть и договоромъ подряда, и наймомъ услугъ (личнымъ наймомъ), смотря по тому, насколько эти работы обширны, сложны и цѣнны. Такая условность характернаго признака подряда составляетъ слабую сторону нормировки подряда и вмѣстѣ съ тѣмъ не даетъ достаточныхъ основаній къ выдѣленію его въ особый договоръ. Поэтому не достигли своей цѣли многочисленныя попытки русскихъ ученыхъ (Мейеръ, Пахманъ, Кавелинъ, Табашниковъ, Думашевскій, Змирловъ и др.) выдѣлить подрядъ изъ личнаго найма. Поэтому правильнѣе (такъ поступало римское право), относить подрядъ къ видамъ договора личнаго найма, предметомъ котораго будетъ не оказаніе дѣйствій (услугъ), а результатъ этихъ дѣйствій, и притомъ независимо отъ обширности, сложности и цѣнности работы. Так. обр., подъ подрядъ въ этомъ смыслѣ подойдетъ и заказъ, а не только предпріятіе. Въ нашихъ же законахъ подрядъ выдѣленъ въ особый договоръ, а заказъ отнесенъ къ личному найму (ст. 2217, 2201, 71/221).—Въ силу того, что договоръ подряда въ сущности есть видъ договора личнаго найма, онъ можетъ быть легко отличаемъ 1) отъ поставки и 2) отъ купли-продажи. 1) Поставка есть особый видъ купли-продажи (§ 45 I). Если же въ нашихъ законахъ подрядъ и поставка излагаются вмѣстѣ (ст. 1737 и сл.), то это объясняется

ихъ происхожденіемъ. Оба они возникли вмѣстѣ въ дѣлахъ казны съ частными лицами (см., въ частности, Пол. о каз. подр. и пост.). 2) Ясно также, что подрядъ, какъ видъ договора личного найма, рѣзко отличается и отъ купли-продажи. Поводъ къ смѣшенію указанныхъ договоровъ даетъ въ особенности то обстоятельство, что подрядчикъ можетъ создать предпріятіе изъ своего матеріала и такимъ образомъ придать договору подряда видъ купли-продажи будущей вещи. Несмотря на это внѣшнее сходство, права (и соотвѣтственно обязанности) сторонъ будутъ регулироваться правилами подряда (см. б и в), а не купли-продажи.

б. Подрядившій имѣетъ право не только требовать выполненія подряда, но 1) его улучшенія и 2) отступленія отъ договора.

1. Право подрядившаго требовать отъ подрядчика улучшенія есть право на исправленіе недостатковъ, если издѣліе не соотвѣтствуетъ требованіямъ оборота, развѣ бы такое исправленіе потребовало несоразмѣрныхъ расходовъ (общегер. ул., п. 2 ст. 633). Если подрядчикъ не исправитъ недостатковъ, то подрядившій можетъ самъ исправить ихъ и потребовать возмѣщенія необходимыхъ на это издержекъ (п. 3 ст. 633 и ст. 634 общегер. ул.) или уменьшить вознагражденіе, или отмѣнить договоръ (ст. 634). Право требовать улучшенія не примѣняется къ куплѣ-продажѣ: въ этомъ также отличіе подряда отъ купли-продажи. Въ нашихъ законахъ не говорится прямо о правѣ подрядившихъ требовать отъ подрядчика улучшенія оконченнаго съ недостатками предпріятія, но 1) это право вытекаетъ изъ существа договора (ср. также ст. 196, 209 пол. о каз. под. и пост. и 67/469). Далѣе, 2) толкуя ст. 1744, сенатъ предоставляетъ подрядившему право требовать удовлетворенія по договору (98/34), слѣдовательно—требовать и исправленія недостатковъ. Наконецъ, 3) сенатъ признаетъ за подрядившимъ право на уменьшеніе вознагражденія подрядчику (67/469), чѣмъ подрядившій можетъ побудить подрядчика устранить недостатки (улучшить вещь).

2. Право подрядившаго отступить отъ договора во всякое время ведетъ къ прекращенію договора одностороннею волею. Это право свойственно подряду, т. к. въ другихъ договорахъ односторонній отказъ есть на-

рушеніе договора, а не его прекращеніе. Поэтому подрядившій и не несетъ отвѣтственности за нарушеніе договора. Подрядчикъ же, при такомъ прекращеніи договора, имѣетъ право на условленное вознагражденіе за вычетомъ того, что онъ сберегаетъ вслѣдствіе отмѣны договора или что онъ пріобрѣтаетъ, найдя себѣ другое занятіе, или умышленно не пріобрѣтаетъ этимъ путемъ (общегер. ул. ст. 649). Этимъ правомъ отказа, характернымъ для длящагося отношенія личнаго найма, подрядъ также отличается отъ купли-продажи. Въ нашихъ законахъ не говорится о правѣ подрядившаго отступить отъ договора безъ его нарушенія. Такое право при извѣстныхъ условіяхъ признаетъ Проектъ (ст. 1980).

в. Подрядчикъ имѣетъ право 1) на вознагражденіе даже въ случаѣ не вполне или ненадлежащимъ образомъ исполненнаго подряда и 2) на авансъ въ отвѣтъ съ казною.

1. Вознагражденіе за неисполненный подрядъ имѣетъ мѣсто, если невозможность исполненія зависитъ цѣликомъ или отчасти отъ подрядившаго. Напр., подрядившій не предоставляетъ земли, на которой долженъ быть выстроенъ домъ. Но и въ этомъ случаѣ право на вознагражденіе уменьшается вышеуказанными (б 2) вычетами (общегер. ул. ст. 642 и 643). Сенатъ обязываетъ вознаграждать подрядчика по дѣйствительной стоимости дурно произведенныхъ или неоконченныхъ работъ, если противное не оговорено въ договорѣ (67/469). Тѣмъ болѣе, слѣд., подрядчикъ въ правѣ требовать вознагражденія за неисполненный подрядъ по винѣ подрядившаго.

2. Право на авансъ признано при казенномъ подрядѣ (ст. 28 пол. о каз. подр. и пост.).

2. Существенныя принадлежности подряда будутъ тѣ же, что и въ личномъ наймѣ: предметъ, срокъ и плата (ст. 1742).

Въ частности, предметомъ подряда (ст. 1738) по русскому праву будетъ только предпріятіе, включая и перевозку (п. 3 ст. 1738), а не заказъ (см. а). По западно-европейскому же праву и Проекту, предметъ подряда есть всякій результатъ работы, будетъ ли это предпріятіе или нѣтъ.

3. Договоръ подряда требуетъ письменной формы (ст. 1742).

Не требуется, однако, явки договора нотариусу (68/788 и др.), и вообще возможно совершение договора домашнимъ порядкомъ (69/847). Проектъ разрѣшаетъ подряды цѣнностью до 300 рублей совершать устно (ст. 1973).—Особыя правила о казенныхъ подрядахъ касаются главнымъ образомъ способовъ (формы) совершения договора на торгахъ (ст. 91 и сл.), обеспечения исполненія (ст. 38 и сл.) и прекращенія договора (ст. 216 и сл.).

§ 53. Порученіе (довѣренность).

1. Порученіе есть а) односторонній договоръ, въ силу котораго одна сторона (поручившая) имѣетъ б) право требовать отъ другой (взявшей на себя порученіе), чтобы она оказала безвозмездно, если не условлено противное, опредѣленныя услуги, не являющіяся ни предметомъ найма услугъ, ни предметомъ подряда.

а. Договоръ порученія, какъ односторонній договоръ, не предполагаетъ возмездности. Поэтому лишь одна сторона, поручившая, имѣетъ право, а другая, принявшая порученіе, имѣетъ лишь обязанность. Понятно, что договоръ порученія будетъ двустороннимъ, если условлено вознагражденіе *). Однако, въ этомъ случаѣ договоръ порученія теряетъ уже свое отличіе отъ договора найма услугъ, также возмезднаго договора. Отсюда, въ современной наукѣ гражданскаго права много спорятъ о томъ, какъ отличить договоръ порученія отъ найма услугъ, ибо оба договора имѣютъ своимъ предметомъ оказаніе услугъ, а возмездность возможна и при договорѣ порученія. При этомъ чаще всего видятъ отличительный признакъ указанныхъ договоровъ въ характерѣ оказываемыхъ услугъ. Именно, считаютъ, что предметомъ порученія являются лишь тѣ услуги, которыя направлены на представительство лица, т. е. состоятъ въ совершеніи юридическихъ актовъ отъ имени поручившаго.

*) Сенатъ неправильно признаетъ довѣренность (порученіе) двустороннимъ договоромъ, хотя бы и не было условлено вознагражденія (70/1039).

Такой юридическій характеръ услугъ, какъ предмета порученія, и отличаетъ его отъ договора найма услугъ. Въ этомъ послѣднемъ договорѣ услуги носятъ характеръ фактическій, экономическій. Такое различіе (его признаетъ Проектъ: ст. 2035), если съ нимъ согласиться, приводитъ, однако, къ суженію института порученія, сливая его съ другимъ институтомъ—до-вѣренностью. Такое смѣшеніе институтовъ естественно встрѣчается и въ Проектѣ, который считаетъ за одинъ договоръ до-вѣренность и порученіе (ст. 2035). Въ этомъ случаѣ Проектъ слѣдуетъ, правда, за т. X ч. 1, который также не различаетъ до-вѣренности отъ порученія (см., напр., ст. 2330). А между тѣмъ порученіе гораздо шире до-вѣренности. Порученіе обнимаетъ собою всякія работы, которыя, какъ было выше замѣчено, не подойдутъ ни подъ наемъ услугъ, ни подъ подрядъ (Губертъ), и въ этомъ смыслѣ оно противопоставляется, какъ третій самостоя-тельный договорный типъ, двумъ только что названнымъ дого-ворамъ (ст. 1637 Голландскаго ул., 1 ст. Новеллы, и ст. 1448 Швейцар. проекта). Т. обр., наемъ услугъ предполагаетъ слу-жебныя отношенія лица нанявшагося. Подрядъ направленъ на результатъ услугъ. Порученіе же имѣетъ своимъ предме-томъ такія услуги, которыя, не ставя взявшаго порученіе въ служебныя отношенія, и не будучи направлены на результатъ услугъ, представляются самыми разнообразными и отдѣль-ными услугами, фактическаго и юридическаго характера. Лишь въ послѣднемъ случаѣ (оказаніе юридическихъ услугъ), можно говорить о до-вѣренности, какъ объ особомъ видѣ порученія, направленномъ на представительство*).

б. Право поручившаго, вытекающее изъ односторонней природы договора порученія, требовать отъ взявшаго порученіе а) определенныхъ услугъ, б) не обладаетъ устойчи-востью.

а. Основное правило, что взявшій порученіе (до-вѣренный) обязанъ въ точности исполнить порученіе (до-вѣренность)

*) Т. обр., въ основу новой классификаціи личнаго найма въ широкомъ смыслѣ этого слова: 1) найма слугъ, 2) подряда и 3) порученія, кладутся бытовые критеріи, а не формально-юридическіе. Л. Таль, До-говоръ до-вѣренности или порученія въ проектѣ гражданскаго уложенія С.-П.Б. 1911 г.

прямо признано въ нашихъ законахъ (ст. 2326). Однако, не слѣдуетъ толковать порученіе (довѣренность) буквально. Определенныя услуги могутъ вытекать изъ общаго содержанія договора (74/781 и др.). При этомъ возможно и послѣдующее согласіе поручившаго на дѣйствія взявшаго порученіе (довѣреннаго), поскольку эти дѣйствія не были определены въ договорѣ (79/141 и др., ср. также послѣдующее одобреніе—70/261, 73/1396). Точное исполненіе договора предполагаетъ также 1) передачу поручившему (довѣрителю) всего того, что получилъ принявшій порученіе (довѣренный—72/145, 76/456) и 2) право перваго требовать отчета отъ послѣдняго (80/31, 262).

б. Далѣе, каждая изъ сторонъ имѣетъ право свободнаго отказа отъ договора порученія. Эта характерная особенность даннаго договора основывалась въ римскомъ правѣ на безмездности, нынѣ же, при допустимости условія о вознагражденіи,—на личномъ довѣріи. Потеря довѣрія исключаетъ связанность сторонъ (71/36; Проектъ, ст. 2062, общегер. ул. ст. 671 п. 1). Этимъ же характеромъ довѣрія объясняется и то, что принявшій порученіе обязанъ его исполнить лично (Проектъ ст. 2051, общегер. ул. ст. 664). Перепорученіе не предполагается (ст. 2329). Личнымъ довѣріемъ объясняется, наконецъ, и то, что порученіе прекращается смертью довѣрителя и повѣреннаго (ст. 2230 т. X ч. 1, см. § 40 5).

2. *Существенную принадлежность договора порученія, помимо соглашенія, составляетъ предметъ, т. е. такія отдѣльныя услуги, которыя, какъ было выше замѣчено (см. 1), не составляя предмета найма услугъ и подряда, будутъ самими разнообразными услугами фактическаго или юридическаго характера—безразлично.*

Что же касается вознагражденія, то оно, въ противоположность найму услугъ и подряда, не составляетъ существенной принадлежности (оно м. б. условлено и по особому акту, 81/95). Причемъ если вознагражденіе было условлено, то оно опредѣляется въ случаѣ отказа отъ договора размѣромъ оказанныхъ услугъ. Можетъ, однако, случиться, что оказанныя услуги окажутся настолько отрывочными, что не будутъ

представлять никакой цѣнности. Въ такомъ случаѣ нельзя, конечно, требовать вознагражденія, хотя бы оно и было условлено. Иначе сенатъ—въ отношеніи повѣреннаго. Довѣритель и его наслѣдники въ случаѣ отказа повѣренному въ дальнѣйшемъ веденіи дѣла обязаны уплатить полное вознагражденіе, если таковое было условіе, на случай отказа (Рѣш. Гр. К. Д. 11 нояб. 1909 г. по д. Самойлова). Такое рѣшеніе сената едва ли правильно. Довѣренность есть личное отношеніе, и все, что нарушаетъ свободу отказа, должно быть признано противнымъ природѣ договора и нравственности (ст. 1528).

3. Нашъ законъ, который не различаетъ порученія, отъ довѣренности, требуетъ для довѣренности письменной формы, нотаріальной (ст. 2308, 82/36).

Сенатъ разъяснилъ, однако, 1) что требованіе нотаріальной формы для довѣренности предполагаетъ осуществленіе представительства при содѣйствіи органовъ правительственной власти. 2) Въ другихъ случаяхъ представительство возможно и на основаніи довѣренностей, совершенныхъ домашнимъ порядкомъ (76/484); ср. рѣш. Гр. К. Д. 8 марта 1906 г. по д. Борковского—о недопустимости свидѣтельскихъ показаній для доказательства существованія словеснаго договора найма повѣреннаго и условій этого договора. 3) Болѣе того, сенатъ не требуетъ и домашней письменной формы для довѣренностей на совершеніе какихъ-либо дѣйствій повседневной жизни, напр., что-либо обмѣнять, отослать деньги, купить и т. п. (75/770, 76/123, 90/113).

Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что въ договоръ порученія, въ частности, довѣренности могутъ вступать и юридическія лица (ст. 2291 и 82/151).

Глава IX. Договорныя обязательства, направленные на содѣйствіе въ достиженіи благъ и на ихъ охрану.

§ 54. Товарищество.

1. Товарищество есть а) договоръ общенія, въ силу котораго товарищи, участвуя совместно въ достиженіи какого-либо блага, имѣютъ право не только б) требовать другъ отъ друга содѣйствія въ достиженіи намѣченного ими блага, но и пользоваться этимъ благомъ, по мѣрѣ его достиженія.

а. Товарищество есть договоръ общенія, т. к. въ немъ нѣтъ сторонъ. Всѣ товарищи въ отношеніи другъ друга являются сразу кредиторами и должниками. Это отсутствіе сторонъ и выдѣляетъ товарищество изъ ряда всѣхъ другихъ, двустороннихъ и одностороннихъ договоровъ. Общность правъ и обязанностей, въ противоположность двусторонности и односторонности, придаетъ товариществу характеръ единенія, общности силъ въ достиженіи какого-либо блага. Отсюда, въ интересахъ культуры, духовной и матеріальной, необходимы по возможности свободныя и подвижныя формы товарищескихъ организацій. Съ помощью товариществъ отдѣльные лица могутъ съ меньшимъ рискомъ и большимъ успѣхомъ достигать такихъ благъ, полученіе которыхъ было бы невозможно безъ объединенія человѣческихъ силъ.

б. Каждый изъ товарищей, одинъ или совместно съ другими въ силу общности правъ и обязанностей, въ правѣ 1) требовать отъ cadaго изъ товарищей содѣйствія въ достиженіи общаго для всѣхъ блага и 2) пользоваться благомъ, по мѣрѣ его достиженія.

1. Содѣйствіе товарищей можетъ выражаться во многихъ формахъ. Во-первыхъ, въ участіи личнымъ трудомъ. Таковы преимущественно артельныя товарищества. Въ нашихъ гражданскихъ законахъ такія товарищества называются, поэтому, прямо трудовыми артелями. „Артелью трудовой“, говорится въ законѣ: „признается товарищество, образовавшееся

для опредѣленныхъ работъ или промысловъ, а также для отпра-
вленія службъ и должностей, личнымъ трудомъ участниковъ, за
общій ихъ счетъ и съ круговою ихъ порукою“ (ст. 2198¹). Самая
же форма личнаго содѣйствія, т. е. порядокъ участія членовъ
артели въ ея работахъ своимъ личнымъ трудомъ, опредѣляется
или уставомъ или общимъ собраніемъ членовъ (ст. 2198¹¹). При
этомъ за предосудительное поведеніе или небре-
женіе въ работѣ, сверхъ отвѣтственности за причиненные
убытки, товарищи могутъ быть подвергаемы выговорамъ, денеж-
нымъ штрафамъ, временному удаленію изъ артели и исключе-
нію изъ нея (ст. 2198²⁴). Право требовать содѣйствія принадле-
жить, однако, не каждому товарищу въ отдѣльности, а всѣмъ
товарищамъ или избраннымъ на то представителямъ, т. к. артель-
ныя товарищества суть юридическія лица (2198¹² и сл.).
Личное содѣйствіе товарищей въ трудовых артеляхъ не
исключаетъ, однако, содѣйствія имущественнаго — членскихъ
взносовъ (2198^{16—17}). Возникновеніе, управленіе и прекращеніе
артельныхъ товариществъ предусматриваются стт. 2198^{2—27}.
Во-вторыхъ, содѣйствіе товарищей можетъ выражаться въ
такой формѣ, гдѣ личное участіе товарищей, въ противополож-
ность трудовымъ артелямъ, уступаетъ свое мѣсто содѣйствію
имущественному. Таковы преимущественно товарищества
по участкамъ, или компаніи на акціяхъ. „Компа-
ніи на акціяхъ“, говорится въ нашемъ законѣ: „составляются
посредствомъ соединенія извѣстнаго числа частныхъ вкладовъ,
опредѣленнаго и единообразнаго размѣра, въ одинъ общій скла-
дочный капиталъ, которымъ и ограничивается кругъ дѣйствія и
отвѣтственности каждой изъ сихъ компаній“ (ст. 2139, ср. 2131).
Подробно данная форма товарищескихъ организацій излагается
въ торговомъ правѣ. Однако, нельзя здѣсь не отмѣтить, что лич-
ное участіе акціонеровъ настолько незначительно и акціонеры
натурально между собою мало связаны, что въ наукѣ граждан-
скаго права высказано сомнѣніе въ договорномъ характерѣ акціо-
нерной компаніи. Тѣмъ не менѣе, наши законы прямо говорятъ
объ образованіи компаній на акціяхъ посредствомъ договоровъ
(ст. 2132). Возникновеніе акціонерныхъ компаній, управленіе ихъ
дѣлъ особыми органами, закрытіе компаній подробно излагаются
въ гражданскихъ законахъ въ стт. 2140—2198. В-третьихъ,

содѣйствіе товарищей можетъ выражаться и въ такой формѣ, гдѣ личное и имущественное содѣйствіе товарищей имѣютъ болѣе или менѣе одинаковое значеніе. Таковы товарищества полныя и товарищества на вѣрѣ, или по вкладамъ. „Товарищество полное“, говоритъ законъ: „составляется изъ двухъ или многихъ товарищей, положившихъ заедно дѣйствовать общимъ именемъ всѣхъ“ (ст. 2129). Слово „дѣйствовать“ указываетъ на необходимость личнаго участія товарищей. Отвѣтственность товарищей за всѣ долги товарищества „вообще и порознь всѣмъ имуществомъ своимъ“ (ст. 2134) подчеркиваетъ наибольшее имущественное содѣйствіе товарищей. Товарищество на вѣрѣ отличается отъ полнаго товарищества лишь тѣмъ, что къ одному или многимъ товарищамъ присоединяются одинъ или нѣсколько вкладчиковъ, которые ввѣряютъ товарищамъ извѣстныя суммы своихъ капиталовъ въ большемъ или меньшемъ количествѣ (ст. 2130). Поэтому вкладчикъ не принимаетъ личнаго участія въ дѣлахъ товарищества, а оказываетъ только имущественное содѣйствіе и притомъ лишь въ размѣрѣ своего вклада (ст. 2135).—Указанныя формы товариществъ, несмотря на различіе въ личномъ и имущественномъ содѣйствіи товарищей другъ другу, имѣютъ одну общую черту—всѣ они суть юридическія лица: „Товарищества состоятъ изъ лицъ, соединенныхъ въ одинъ составъ и дѣйствующихъ въ ономъ подъ однимъ общимъ именемъ“ (ст. 2126, 70/229, 715, 941, 942 и др.). Однако, въ четвертыхъ, указанные выше виды товариществъ (ст. 2128) не исключаютъ возможности возникновенія въ нашемъ гражданскомъ правѣ и другихъ товариществъ, такъ, въ частности, простого товарищества. Подъ простымъ товариществомъ разумѣется такое соединеніе лицъ, въ которомъ товарищи выступаютъ въ гражданскомъ оборотѣ не какъ юридическое лицо, а каждый подъ своимъ именемъ или по довѣренности за другихъ. Но внутреннія отношенія товарищей опредѣляются личнымъ и имущественнымъ содѣйствіемъ (сособственностью), согласно договору. Существованіе у насъ простыхъ товариществъ оправдывается ст. 1528 (ср. ст. 2132; противъ Шершеневичъ). Къ товариществамъ относятся также и общества взаимнаго кредита (98/59), но не относятся клубы, благородныя собранія и т. п. (80/186), и вообще общества, основанныя на законѣ 4 марта 1906 г. (см. § 4 II 1 б).

2. Право товарища пользоваться достигаемымъ сообща благомъ выражается въ слѣдующихъ формахъ. Во-первыхъ, въ правѣ лично пользоваться учрежденіями товарищества *). Во-вторыхъ, въ правѣ получать прибыль изъ чистаго дохода. Независимо отъ этого товарищъ въ правѣ получить обратно при выходѣ свой взносъ или даже часть имущества товарищества, при его прекращеніи (ст. 2188, 2198²⁷). Вообще необходимо, чтобы товарищи, содѣйствуя лично и матеріально другъ другу, соотвѣтственно пользовались правами. Поэтому не можетъ быть товарищества тамъ, гдѣ одни товарищи имѣютъ лишь обязанности, а другіе—права. Отсюда участіе приказчика въ прибыляхъ своего хозяина не дѣлаетъ его товарищемъ, т. е. онъ не раздѣляетъ ответственности хозяина за долги предпріятія. Что касается, въ частности, размѣра взноса, то при сомнѣніи предполагается, что все взносы товарищей равны, соотвѣтственно чему равно и пользованіе выгодами товарищества. При этомъ имущественный взносъ можетъ быть, съ согласія товарищей, замѣненъ трудовымъ (трудовыя и учредительныя акціи).

2. *Существенныя принадлежности товарищества, помимо соглашенія: а) предметъ и б) цѣль—достиженіе блага.*

а. Предметомъ товарищества могутъ быть 1) „всякаго рода полезныя и общему благу не противныя предпріятія по торговлѣ, по застрахованію по перевозкамъ и вообще по какой бы то ни было промышленности“ (ст. 2127). Далѣе, 2) „приведеніе въ дѣйствіе всякаго, не составляющаго ничьей исключительной собственности, общепользнаго изобрѣтенія или предпріятія въ области наукъ, искусствъ, художествъ, ремеслъ, мореплаванія, торговли и промышленности вообще“ (ст. 2140). Т. обр., нашъ законъ имѣетъ въ виду достиженіе какъ матеріальныхъ, такъ и духовныхъ благъ. Разумѣется, указанное перечисленіе лишь примѣрное. Самъ законъ говоритъ, что предметомъ товарищества не можетъ быть лишь то, что представляется явно несбыточнымъ, противнымъ закону, нравственности, доброй вѣрѣ въ торговлѣ и общественному порядку, или соединено съ ущербомъ

*) Товарищъ имѣетъ, конечно, право на отчетность (надзоръ) и управленіе дѣлами товарищества.

государственнымъ доходамъ либо вредомъ для промышленности (ст. 2151, ср. ст. 1528).

б. Необходима, далѣе, цѣль—достиженіе намѣченного блага. Поэтому тамъ, гдѣ нѣтъ достиженія цѣли или гдѣ цѣль уже достигнута, тамъ нѣтъ товарищества. При этомъ цѣль обыкновенно осуществляется путемъ личнаго содѣйствія, въ особенности въ полномъ товариществѣ, почему смерть одного изъ полныхъ товарищей или потеря имъ дѣеспособности ведетъ къ прекращенію товарищества (90/94, 99/104).

3. Согласно сенатскимъ разъясненіямъ, договоръ товарищества можетъ быть совершенъ домашнимъ порядкомъ письменно (73/580), а не словесно (71/162, 72/617, contra 72/823).

Товарищества по участкамъ, или компаніи на акціяхъ требуютъ для своего возникновенія письменной формы въ видѣ устава (ст. 2190). Такой уставъ возможенъ (но не обязателенъ) и въ трудовых артеляхъ (ст. 2198).

§ 55. Поклажа и, какъ особый видъ ея, поклажа въ гостиницахъ и др. заведеніяхъ.

1. Поклажа.

1. Поклажа есть а) односторонній договоръ, въ силу котораго поклажедатель имѣетъ право б) требовать отъ поклажепринимателя безмезднаго сохраненія ввѣреннаго ему движимаго имущества и возврата этого имущества по первому требованію.

а. Понятно, что поклажа, по нашему праву, есть односторонній договоръ, потому что возмездность не предполагается (иначе общегерм. улож., ст. 680 и Проектъ, ст. 1901). Если же вознагражденіе за храненіе вещи условлено, то въ этомъ случаѣ договоръ поклажи будетъ уже двустороннимъ. Благодаря возмездности, сглаживается, однако, въ значительной мѣрѣ различіе между личнымъ наймомъ для храненія вещи и поклажею. Наоборотъ, поклажа, хотя бы она была и возмездной, рѣзко отличается отъ найма имущества для сохраненія вещи. Наймодавецъ не обязанъ хранить сложенные вещи.

6. *Право поклажедателя состоитъ въ требованіи отъ поклажепринимателя 1) хранить ввѣренную вещь безвозмездно и 2) вернуть ее въ цѣлости по первому требованію.*

1. Цѣль поклажи—сохраненіе или сбереженіе имущества отъ поврежденія, утраты, пропажи и похищенія (ст. 2105), позволяетъ отнести поклажу къ такимъ договорнымъ обязательствамъ, которыя направлены на сохраненіе имущественныхъ благъ. Однако, это сохраненіе 1) не простирается на охрану имущества отъ насилія или истребленія и поврежденія какимъ-либо чрезвычайнымъ приключеніемъ (ст. 2106), хотя бы даже было доказано, что поклажеприниматель могъ спасти ввѣренное имущество со значительною потерей своего имущества, если только прежде того онъ не отказался возвратить поклажу по требованію поклажедателя (ст. 2105, см. § 40. 6). Для освобожденія отъ отвѣтственности необходимо, однако, немедленно увѣдомить поклажедателя объ утратѣ или поврежденіи ввѣреннаго имущества (ст. 2106). Далѣе, 2) въ договорѣ поклажи отвѣтственность поклажепринимателя прямо понижается. Онъ отвѣчаетъ за такую степень внимательности при храненіи имущества, какую онъ обыкновенно проявляетъ въ отношеніи своего имущества (конкретная отвѣтственность, ст. 2105). Объясняется это тѣмъ, что поклажа есть оказаніе безвозмездной услуги.—Разумѣется, что поклажеприниматель не можетъ пользоваться отданнымъ на сохраненіе имуществомъ (ст. 2107).

2. Право поклажедателя требовать возврата ввѣреннаго имущества не ограничивается какимъ-либо срокомъ, хотя такой срокъ и можетъ быть условленъ (69/1237). Напротивъ, поклажеприниматель обязанъ вернуть вещь по первому требованію поклажедателя (ст. 2115). Болѣе того, въ цѣляхъ побудить поклажепринимателя къ возврату вещи по первому востребованію поклажедателя, наши законы не только обязываютъ поклажепринимателя заплатить за всѣ понесенные истцомъ вслѣдствіе задержанія имущества 1) убытки, но и налагаютъ еще 2) штрафъ. Къ числу убытковъ отнесены узаконенные проценты (по шести на сто въ годъ) съ находившихся у поклажепринимателя на сохраненіи денегъ, со дня подачи о томъ въ судъ прошенія (ст.

2115). Штрафъ же, сверхъ убытковъ, опредѣленъ въ 10% въ пользу богоугодныхъ заведеній со всей суммы денегъ или цѣны вещей, бывшихъ на сохраненіи (ст. 2116). Понятно, что отданная на сохраненіе вещь должна быть возвращена въ цѣлости (ст. 2108).

2. Помимо соглашенія, существенную принадлежность поклажи составляетъ ея предметъ.

Предметомъ поклажи могутъ быть у насъ лишь движимыя вещи (хотя законъ объ этомъ прямо не говоритъ), деньги и акты. Однако, и изъ движимыхъ вещей, согласно сенатскимъ разъясненіямъ, не могутъ быть предметомъ поклажи одушевленные предметы, напр., пчелы (75/982), скотъ (73/1577) и т. п.—Что же касается срока и вознагражденія, то ни то ни другое не составляютъ существенной принадлежности поклажи. Въ частности, въ случаѣ досрочнаго прекращенія возмездной поклажи, будетъ правильно вознаграждать поклажепринимателя не во всей условленной суммѣ, а въ размѣрѣ дѣйствительно понесенныхъ трудовъ по охранѣ имущества.

3. Поклажа требуетъ соблюденія письменной формы — сохранной расписки.

Лишь по исключенію возможна поклажа безъ соблюденія письменной формы, путемъ одной передачи, т. е. необходимая поклажа: 1) Въ случаѣ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, какъ, напр., пожара, наводненія и т. п., когда письменные акты не могли быть составлены и 2) при отдачѣ военскими чинами своимъ хозяевамъ вещей по случаю внезапнаго отправления въ походъ (ст. 2112). Напротивъ, для поклажи добровольной, т. е. всякой иной, за исключеніемъ двухъ указанныхъ случаевъ, сенатъ требуетъ письменной формы (79/104), хотя это не согласуется со ст. 2104. Письменною формою является сохранная расписка. Такая расписка имѣетъ силу полного доказательства противъ поклажепринимателя при соблюденіи особыхъ условій ея написанія. Она должна быть вся, отъ начала до конца, писана и подписана рукою пріемщика, и въ ней точно д. б. объяснено, что именно принято на сохраненіе. Если же будетъ поклажа денежная, то должны быть означены

номера билетовъ, родъ и годъ чекани звонкой монеты. Если же расписка не могла быть почему-либо написана и подписана довѣреннымъ лицомъ, съ означеніемъ, что поклажеприниматель самъ лично находился при составленіи расписки, такую расписку должны подписать и свидѣтели. Подписи довѣреннаго лица и свидѣтелей должны быть засвидѣтельствованы установленнымъ порядкомъ (ст. 2111). Впрочемъ, сенатъ признаетъ расписку дѣйствительной, если она написана и не рукою поклажепринимателя и безъ удостовѣренія подписи свидѣтелей (75/1082 и др.). Сложная форма, необходимая для составленія сохранной расписки, объясняется тѣмъ, что подъ поклажей, въ формѣ сохранной расписки, могутъ быть прикрываемы другіе договоры, главн. образ. заемъ, въ цѣляхъ полученія тѣхъ преимуществъ, которые свойственны поклажѣ. Эти преимущества таковы: 1) сохранныя расписки не подлежатъ дѣйствию десятилѣтней давности (п. 1 ст. 2113); 2) въ случаѣ несостоятельности поклажепринимателя, ввѣренное на сохраненіе имущество изымается изъ конкурса (стт. 2119 и 2120) и 3) сохранныя расписки освобождаются отъ платежа гербоваго сбора и пошлинъ. Поэтому, въ случаѣ обнаруженія прикрытаго поклажей займа, заимодавецъ въ наказаніе удовлетворяется послѣ всѣхъ другихъ кредиторовъ по заемнымъ письмамъ, векселямъ и т. д. (ст. 2114). Сохранныя расписки могутъ быть передаваемы хозяиномъ другимъ лицамъ (73/103).

4. Прекращеніе договора поклажи не лишено своихъ особенностей: а) при несостоятельности и б) смерти той или другой стороны.

а. 1) Въ случаѣ несостоятельности поклажепринимателя, хозяинъ въ правѣ требовать возвращенія своего имущества, хотя бы это имущество подверглось описи или аресту (стт. 2119, 2120). 2) Далѣе, всякій, у кого находится на сохраненіи имущество несостоятельнаго поклажедателя, обязанъ сообщить объ этомъ, до назначеннаго публикаціей срока, подъ угрозою штрафа въ 20% стоимости необъявленнаго имущества.

б. 1) Въ случаѣ смерти поклажепринимателя, наследники его въ правѣ до вступленія ихъ въ наследство

въ теченіе 6 мѣсяцевъ со дня открытія наслѣдства, вызвать тѣхъ, кто имѣетъ у себя сохранныя расписки. Въ этомъ случаѣ поклажедатели, не явившіеся въ теченіе 6 мѣсяцевъ со дня послѣдняго напечатанія вызова въ публичныхъ вѣдомостяхъ, лишаются права на взысканіе по своимъ сохраннымъ распискамъ (п. 2 и 3 ст. 2113). 2) Равнымъ образомъ наслѣдники поклажедателя въ правѣ въ теченіе того же срока вызвать поклажепринимателей. Исполнивъ это наслѣдники имѣютъ право въ теченіе 10-лѣтней давности вытребовать имущество ихъ наслѣдодателя, отданное на храненіе (п. 4 ст. 2113). Въ случаѣ неимѣнія или отсутствія наслѣдниковъ, соблюденіе пп. 2, 3 и 4 ст. 2113 возлагается на мѣста и лица, обязанныя по законамъ вызывать кредиторовъ и должниковъ умершихъ, подъ страхомъ законной отвѣтственности (п. 5 ст. 2113).

II. Поклажа въ гостиницахъ и другихъ заведеніяхъ.

Подъ именемъ поклажи въ гостиницахъ и другихъ заведеніяхъ разумѣется особый видъ договора поклажи, въ силу котораго поклажедатель (посѣтитель, пріѣзжій) имѣетъ право требовать отъ содержателей этихъ заведеній сохраненія находящихся при немъ вещей.

Особенности этой поклажи таковы:

1. Содержатель заведенія безъ особаго о томъ соглашенія обязанъ сохранять вещи.

2. Онъ отвѣчаетъ, однако, лишь за тѣ вещи, которыя находятся въ заведеніи.

3. Его отвѣтственность простирается и на дѣйствія своихъ служащихъ. Но нѣтъ отвѣтственности, если убытки отъ несоракпаенія вещи произошли отъ непреодолимой силы, свойствъ самой вещи, либо по винѣ самого пріѣзжаго. — Данный видъ поклажи подробно предусматриваетъ Проектъ (ст. 1921 и сл.). Напротивъ, въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ нѣтъ соотвѣствующихъ постановленій. Что же касается сенатской практики, то она все болѣе стремится регулировать данный видъ поклажи. Такъ, 1) сенатъ прямо постановляетъ, что содержатель трактира отвѣчаетъ за пропажу, по небрежности его слугъ, сданнаго имъ на храненіе верхняго платья посѣтителей, даже въ

томъ случаѣ, если найденъ и осужденъ похититель платья (00/79, ср. также 94/64, 74/777 и ст. 2124). Далѣе, 2) сенатъ разъяснилъ также, что содержатели постоянныхъ дворовъ отвѣчаютъ за пропажу изъ дворовъ вещей проезжихъ, даже и не сданныхъ имъ на храненіе (71/896, ср. 71/1161). 3) Наконецъ, сенатъ разъяснилъ прямо, что содержатели гостиницъ, меблированныхъ комнатъ, постоянныхъ дворовъ и др. заведеній отвѣчаютъ за пропажу вещей посѣтителѣй, происшедшую вслѣдствіе недостатка надзора за слугами и вообще за заведеніемъ (74/777, 94/64, 00/79). Это общее правило ограничено, однако, въ интересахъ содержателей гостиницъ. Они отвѣчаютъ за цѣлость вещей только остановившихся въ гостиницахъ путешественниковъ, а не случайныхъ посѣтителѣй (08/45).

§ 56. Страхование имущества и лицъ.

I. Страхование имущества.

1. Страхование есть а) двусторонний договоръ, въ силу котораго б) страхователь имѣетъ право требовать отъ страховщика возмѣщенія ему имущественнаго действительнаго ущерба, если таковой произойдетъ отъ условленнаго несчастнаго случая, в) а страховщикъ—условленнаго вознагражденія (преміи) за взятый имъ на себя рискъ въ теченіе опредѣленнаго срока (ср. ст. 2199 т. X ч. 1).

а. Двусторонний характеръ даннаго договора несомнѣненъ. Этой двусторонностью онъ отличается отъ взаимнаго страхования. Подъ послѣднимъ разумѣется такой договоръ общенія многихъ лицъ, въ силу котораго каждое изъ нихъ имѣетъ право требовать отъ всѣхъ другихъ покрытія имущественнаго ущерба, если таковой произойдетъ отъ условленнаго несчастнаго случая. Т. обр., при взаимномъ страхованіи нѣтъ платы, преміи: весь договоръ основанъ на содѣйствіи лицъ другъ другу, почему и можетъ быть отнесенъ къ товариществамъ простымъ или, чаще всего, къ товарищескимъ обществамъ, какъ юридическимъ лицамъ. Оба вида имущественнаго страхования—съ преміей и безъ таковой (взаимное страхованіе)—составляютъ приобрѣтеніе

новаго времени и имѣють чрезвычайную важность для гражданскаго оборота. Цѣль страхованія какъ имущество, такъ и лицъ (см. II), направлена на сохраненіе имущественныхъ и личныхъ благъ отъ такихъ случайныхъ бѣдствій, напр., огня, воды, градобитія, кражи и т. п., которыя трудно или даже невозможно предотвратить. На помощь въ этихъ случаяхъ и приходитъ право. Путемъ договора страхованія оно обезпечиваетъ людямъ прочность ихъ имущественнаго положенія. Въ виду такого значенія страхованія уже сдѣланы попытки создать новый видъ страхованія—внѣ договорнаго, въ силу самого закона (принудительное страхованіе, напр., рабочихъ, чиновниковъ).

б. Право страхователя направлено на возмѣщеніе имущественнаго дѣйствительнаго ущерба.

Подъ именемъ дѣйствительнаго ущерба разумѣется именно ущербъ, а не прибыль (§ 30 II 2 в). Расширеніе права страхователя на возмѣщеніе за предѣлы дѣйствительнаго ущерба легко можетъ повести къ спекуляціямъ, чѣмъ будетъ въ корнѣ подорвана идея страхованія, какъ сохраненія имѣющагося у лица имущественнаго блага. Поэтому же запрещается двойное страхованіе (79/80, 78/48). Однако, и двойное страхованіе возможно признавать дѣйствительнымъ, поскольку послѣдующее страхованіе покрываетъ недостающую стоимость застрахованнаго имущества. Еще правильнѣе поступать при двойномъ страхованіи, признавая страховщиковъ связанными солидарнымъ обязательствомъ. Наша практика допускаетъ возможность пропорціональнаго покрытія ущерба при двойномъ страхованіи (84/114). Болѣе того, въ засѣд. Гр. Кас. Д. С. отъ 2 нояб. 1911 г. по д. Митрофанова, сенатъ призналъ возможнымъ одновременное предъявленіе исковъ къ двумъ обществамъ, къ каждому въ полной суммѣ, допуская предъявленіе совмѣстнаго иска, аналогично совмѣстному иску по векселю къ векселедателю и поручителю, или къ отвѣтчикамъ по иску о потравѣ (06/106, 89/66). Понятно, что 1) невозможно страхованіе хотя бы и дѣйствительнаго имущественнаго ущерба въ томъ случаѣ, если такой ущербъ связанъ съ нарушеніемъ закона и нравственности (ст. 1528). Равнымъ образомъ понятно, что 2) невозможно возмѣщеніе ущерба, если таковой ущербъ произошелъ

хотя бы от несчастного случая, но по винѣ самого страхователя. Поэтому страхователь не только обязанъ сохранять застрахованное имущество, но и сообщать о происшедшихъ измѣненіяхъ, какъ равно немедленно увѣдомлять и о наступившемъ несчастіи. Если же несчастье произошло по винѣ третьяго лица, то страхователь не теряетъ своего права, а страховщику предоставляется, уплативъ ущербъ страхователю, независимо отъ него обратиться съ искомъ къ виновному лицу (72/98). 3) Страхователь лишается также своего права и въ томъ случаѣ, если данныя имъ свѣдѣнія, существенныя для отвѣтственности страховщика за рискъ, оказались невѣрными, или самый рискъ былъ лишь воображаемымъ (см. в).

в. Право страховщика на премію предполагаетъ дѣйствительное несеніе риска.

Поэтому нѣтъ права на премію тамъ, гдѣ не было несенія риска, напр., вещь уже вышла изъ-подъ риска или уже погибла. Т. обр., субъективная неизвѣстность не замѣняетъ объективную. Въ нашемъ правѣ имѣется исключеніе въ морскомъ страхованіи (ст. 568 Уст. торг.).

2. Существенныя принадлежности страхованія имущества, кромѣ соглашенія: а) предметъ, б) рискъ, в) премія и г) срокъ.

а. Предметомъ страхованія является вознагражденіе ущерба (страховая сумма), если онъ наступитъ отъ условленнаго несчастнаго случая (объ ущербѣ см. 1 б). Страховая сумма опредѣляется заранѣе путемъ оцѣнки имущества страхуемаго. Уплачивается она деньгами или же натурой, соразмѣрно величинѣ ущерба (болѣе подробно этотъ вопросъ излагается въ торговомъ правѣ).

б. Рискъ предполагаетъ возможность наступленія ущерба отъ условленнаго несчастнаго случая.

в. Премія выражается въ денежной платѣ, вносимой въ опредѣленный срокъ въ вознагражденіе за рискъ, почему и не подлежитъ возврату, развѣ бы только договоръ оказался недействительнымъ.

г. Срокъ есть существенная принадлежность, потому что срокомъ опредѣляется начало и конецъ отвѣтственности страховщика.

3. *Нашъ законъ не требуетъ письменной формы для договора страхованія.*

Однако, обыкновенно договоры страхованія совершаются въ письменной формѣ (полисъ). Въ виду того, что нашъ законъ не требуетъ письменной формы, едва-ли правильна практика сената, которая считаетъ договоръ страхованія состоявшимся съ момента взноса страховой преміи и полученія въ томъ квитанціи (73/1187) или съ момента выдачи предварительнаго свидѣтельства агентомъ общества (78/282; ср., однако, № 206, Судебная практика, изд. Вильсона, — страхованіе по телеграммѣ).

4. *Какъ на особенность договора страхованія, слѣдуетъ указать на право отступленія сторонъ отъ договора.*

Право отступленія не слѣдуетъ, однако, смѣшивать съ прекращеніемъ. Отступленіе въ лицѣ страховщика можетъ наступить, напр., вслѣдствіе сообщенія ему неправильныхъ свѣдѣній о застрахованномъ имуществѣ по винѣ страхователя. Главный же способъ собственно прекращенія договора страхованія будетъ истечение срока. Наступленіе несчастнаго случая, которымъ причиненъ ущербъ, само по себѣ не прекращаетъ страхованія.

II. Страхованіе лицъ.

1. *Страхованіе лицъ, сохраняя въ главныхъ чертахъ природу страхового договора, тѣмъ не менѣе рѣзко отличается отъ страхованія имущества.*

Поэтому здѣсь прямо слѣдуетъ отмѣтить тѣ особенности, которыми характеризуется страхованіе лицъ, въ отличіе отъ страхованія имущества. 1. Предметъ страхованія не есть вознагражденіе дѣйствительнаго ущерба, а полученіе денежной суммы, на случай обезпеченія личныхъ благъ, какъ-то: жизни (въ интересахъ семьи), старости, болѣзни, обезпеченія кого-либо приданымъ, стипендіей и т. п. Въ связи съ этимъ возможно стра-

хованіе лицъ, въ отличіе отъ страхованія имуществъ, въ любомъ размѣрѣ. 2. Невѣрность или неполнота свѣдѣній въ лицѣ страхователя хотя и даетъ страховщику право отступленія, но въ цѣляхъ справедливости ограничивается краткою давностью. Болѣе того, по соглашенію возможно устранить данное право отступленія, а равнымъ образомъ предусмотрѣть вину страхователя (самоубійство, дуэль: при страхованіи жизни). 3. Страхованіе лицъ допустимо въ пользу третьихъ лицъ, и, по исключенію, возможно страхованіе также чужой жизни въ свою пользу, тамъ, гдѣ страхователь имѣетъ особый интересъ, напр., страхованіе жизни мужа. Однако, такое страхованіе чужой жизни возможно лишь съ согласія того лица, чья жизнь страхуется. Б. м. правильнѣе не допускать указаннаго исключенія въ виду возможнаго соблазна желать смерти застрахованнаго лица. 4. Особенность прекращенія договора страхованія лицъ составляетъ возвратъ премій въ опредѣленной части (резервныя преміи) на случай несостоятельности страховщика или даже отказа страхователя отъ договора. Въ послѣднемъ случаѣ допускается также возвратъ и всѣхъ внесенныхъ премій.— Подробныя постановленія о договорахъ страхованія имуществъ и лицъ содержатся въ уставахъ страховыхъ обществъ.— Въ заключеніе слѣдуетъ добавить, что договорныя обязательства настоящей главы составляютъ преимущественно область торговаго права.

Глава IX. Обязательства изъ правонарушеній (права вознагражденія частнаго).

§ 57. Общее понятіе и классификація обязательствъ изъ правонарушеній.

1. *Обязательства изъ правонарушеній предполагаютъ для своего возникновенія наличность существенныхъ принадлежностей правонарушенія.*

Эти принадлежности уже извѣстны (§ 10). Ими будутъ: 1) виновность (умыселъ или неосторожность); 2. недозво-

ленность дѣйствія (§ 30 1); 3. виновное нарушение не-
дозволеннымъ дѣйствіемъ субъективнаго права (власти,
правомочія). Въ немногихъ случаяхъ дѣлаются, однако, отсту-
пленія отъ указанныхъ принадлежностей и глав. обр.—въ инте-
ресахъ гражданского оборота (§ 59).

*2. Въ соответствии съ существенными принадлежно-
стями правонарушенія и отступленіями отъ нихъ, слѣ-
дуетъ классифицировать обязательства изъ правонарушеній.*

Такой именно классификаціи данныхъ обязательствъ не
даютъ, однако, наши гражданскіе законы. Они содержатъ иное
дѣленіе обязательствъ изъ правонарушеній въ 6 гл. II книги:
„О правѣ вознагражденія за понесенные вредъ
и убытки“. При томъ наши законы различаютъ: 1) права
на вознагражденіе за принудительное отчужденіе и т. д.
(стт. 575—608) и 2) права на вознагражденіе частное. По-
слѣднія и есть обязательства изъ правонарушеній. Права возна-
гражденія частного излагаются въ трехъ рубрикахъ: 1) „О воз-
награжденія за владѣніе чужимъ имуществомъ“ (стт. 609—643);
2) „О вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные престу-
пленіемъ или проступкомъ“ (стт. 644—683) и 3) „О вознагражде-
ніи за вредъ и убытки, послѣдовавшіе отъ дѣлій, не призна-
ваемыхъ преступленіями и проступками“ (стт. 684—689). Изло-
женное дѣленіе „правъ на вознагражденіе частное“ съ точки
зрѣнія наказуемаго и ненаказуемаго правонарушенія—не имѣетъ
существеннаго значенія. Дѣленіе это могло бы быть существеннымъ,
если бы частное вознагражденіе за вредъ, причиненный наказае-
мыми правонарушеніями, производилось только въ уголовномъ
порядкѣ. На этомъ, между прочимъ, настаиваютъ нѣкоторые
ученые въ интересахъ малоимущаго, бѣднаго населенія
(Менгеръ). Основаніемъ для этого служитъ то, что малообеспе-
ченное населеніе, наиболѣе страдающее отъ уголовныхъ право-
нарушеній, можетъ легче, проще, справедливѣе осуществить свое
право на вознагражденіе въ уголовномъ порядкѣ, чѣмъ въ гра-
жданскомъ. У насъ потерпѣвшему предоставляется право искать
вознагражденія или въ уголовномъ порядкѣ или въ граждан-
скомъ. Итакъ, принятая нашими законами классификація обяза-
тельствъ изъ правонарушеній въ сущности является излишнею.

Это подчеркивает и сенатъ. Гражданская отвѣтственность за убытки не зависитъ отъ того, причинены ли они дѣяніемъ преступнымъ (ст. 644) или непрямымъ (ст. 684; см. 01/121). Поэтому б. м. слѣдуетъ дать иную классификацію, болѣе отвѣчающую существу дѣла, въ зависимости отъ принадлежностей правонарушенія и отступленій отъ нихъ. Во-первыхъ, слѣдуетъ выдѣлить группу обязательственныхъ правъ на вознагражденіе за вредъ, виновно причиненный (§ 58). Во-вторыхъ,— выдѣлить въ особую группу обязательственныхъ правъ на вознагражденіе за вредъ, невиновно причиненный: дѣйствіемъ случайнымъ, или дозволительнымъ, или безъ нарушенія субъективнаго права, или и съ нарушеніемъ права, но сверхъ причиненнаго вреда (§ 59).

§ 58. Обязательства изъ правонарушеній: возмѣщеніе вреда, виновно причиненнаго.

1. *Возмѣщеніе вреда, виновно причиненнаго (умышленно или неосторожно), есть а) такое обязательство изъ правонарушеній, въ силу котораго потерпѣвшій б) имѣетъ право требовать отъ виновнаго лица вознагражденія за весь непосредственно причиненный имъ вредъ (ст. 644, 684).*

а. Возмѣщеніе вреда, виновно причиненнаго, м. б. названо обязательствомъ въ силу ст. 574. Эта статья говоритъ, что „всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому-либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой производятъ право требовать вознагражденія“. А что возмѣщеніе вреда требуетъ для возникновенія обязательства виновности, это ясно слѣдуетъ изъ ст. 647 и частью изъ ст. 684. Статья 647 прямо говоритъ: „Не подлежатъ вознагражденію вредъ и убытки, происшедшіе отъ дѣянія случайнаго, учиненнаго не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности“. О ст. 684 см. § 10 3.

б. *Право потерпѣвшаго состоитъ въ требованіи 1) отъ виновнаго лица 2) вознагражденія за вредъ непосредственный.*

1. Виновнымъ лицомъ будетъ всякій, кто умышленно или неосторожно причинилъ вредъ своимъ дѣйствіемъ. При этомъ, 1) среди наказуемыхъ дѣйствій необходимо различать умышленное и неосторожное дѣяніе. Дѣло въ томъ, что не всякое неосторожное дѣйствіе наказуемо въ уголовномъ законѣ (ср. напр. ст. 674 и ст. 678). 2) Напротивъ, въ ненаказуемыхъ дѣйствіяхъ нѣтъ надобности различать умыселъ и неосторожность. Необходимо только, чтобы дѣйствіе не было случайнымъ. Впрочемъ, и здѣсь продолжаютъ еще различать степень вины: грубую, легкую и конкретную вину. Нашему праву не совсѣмъ чуждо дѣленіе вины по ея степенямъ (см. ст. 2105).

2. Право потерпѣвшаго простирается на возмѣщеніе вреда, или, по терминологіи нашего закона, „вреда и убытковъ“ непосредственныхъ *) (ст. 644). Что же касается болѣе отдаленнаго вреда (косвеннаго), то потерпѣвшій имѣетъ право на вознагражденіе за этотъ вредъ только въ томъ случаѣ, если виновный имѣлъ намѣреніе причинить болѣе отдаленный вредъ (ст. 645).—Особенностью вознагражденія за вредъ, виновно причиненный посредствомъ наказуемаго дѣйствія, является усиленіе отвѣтственности лица, по сравненію съ его отвѣтственностью за вредъ, виновно причиненный посредствомъ ненаказуемыхъ дѣйствій. Такъ, 1) въ случаѣ неуплаты вознагражденія допускается поступить съ виновнымъ, какъ съ несостоятельнымъ должникомъ на основаніи ст. 62 улож. о нак. (ст. 646). 2) Въ случаѣ причиненія вреда нѣсколькими лицами возможна ихъ отвѣтственность круговая, когда нельзя установить съ точностью количество вреда, причиненнаго дѣйствіями каждаго изъ виновныхъ (ст. 650), или когда, при предварительномъ согласіи виновныхъ на совершеніе наказуемаго дѣянія, кто-либо изъ нихъ окажется несостоятельнымъ (ст. 648).—Что касается, далѣе, того, какъ возмѣщается ущербъ, то его возмѣщеніе не предполагаетъ непременно вознагражденія только денежнаго. Возможно требовать возвращенія имущества (ст. 671) или лишь исправленія, въ случаѣ его поврежденія (ст. 673), или

*, Убытки непосредственные, т. е. прямо связанные съ даннымъ дѣйствіемъ, обнимаютъ собою и ущербъ и потерянную выгоду (99/41).

даже уничтоженія за счетъ виновнаго лица какихъ-либо строеній, продолжающихъ причинять или угрожать вредомъ (ст. 685). Всѣ эти правила одинаково примѣняются къ возмѣщенію вреда, причиненнаго наказуемымъ и ненаказуемымъ дѣяніемъ (ст. 685).— Самый размѣръ вознагражденія за причиненный вредъ можетъ опредѣляться съ помощью присяжныхъ цѣновщиковъ или свѣдущихъ людей (стт. 685 и 689), можетъ выдаваться въ видѣ ежегодныхъ платежей (стт. 676, 683), опредѣленныхъ суммъ на покрытие расходовъ по лѣченію (стт. 658, 660, 662, 663, 680 и др.), на погребеніе (ст. 658), на покрытие ущерба (ст. 673 и др.).

3. *Существенную принадлежность обязательства, основаннаго на виновномъ причиненіи вреда, наказуемымъ или ненаказуемымъ дѣйствіемъ—безразлично, помимо виновности и недозволенности дѣйствія, нарушенія субъективнаго права, составляетъ причиненіе вреда а) имущественнаго и б) нравственнаго.*

а. Имущественный вредъ предусматривается нашими законами въ слѣдующихъ случаяхъ. 1) Причиненіе вреда, вслѣдствіе лишенія жизни человѣка, тѣмъ изъ его близкихъ, которыхъ онъ содержалъ собственными трудами: родителей, жену и дѣтей,—если они не имѣютъ другихъ средствъ содержанія, или эти средства недостаточны (ст. 657). 2) Причиненіе вреда человѣку путемъ поврежденія или разстройства его здоровья, а также путемъ лишенія его свободы, если все это отнимаетъ у него возможность снискивать пропитаніе себѣ и своему семейству на время или навсегда своими обычными трудами (стт. 660, 661 и 665). 3) Причиненіе вреда посредствомъ присвоенія (стт. 671, 672) и владѣнія (стт. 609—643) чужимъ имуществомъ. Причиненіе вреда также посредствомъ истребленія или поврежденія имущества (стт. 673 и 685), въ частности, истребленія или поврежденія мостовъ или поставленія въ рѣкѣ закововъ, чѣмъ удерживаются слѣдующіе по водному пути промышленники съ товарами (стт. 674 и 685). 4) Причиненіе вреда должностными лицами изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ посредствомъ дѣйствій по службѣ (ст. 677); судьями, постановившими умышленно или по неосмотрительности и невниманію къ дѣлу окончательный приговоръ, вслѣдствіе коего понесъ наказаніе невинный (стт. 678 и

679), или сверхъ мѣры, законно постановленной (ст. 680), и чинovníками полиціи, которые, при исполненіи приговора уголовнаго, подвергнутъ завѣдомо или по неосмотрительности наказанію неприговореннаго или же накажутъ виновнаго свыше мѣры (ст. 681).

б. Нравственный вредъ предусматривается нашими законами въ слѣдующихъ случаяхъ. 1) Причиненіе какимъ-либо средствомъ неизгладимаго на лицѣ дѣвицы, или вдовы обезображенія, или изнасилованіе дѣвицы, или похищеніе незамужней женщины, буде такія женщины не имѣютъ средствъ къ существованію (ст. 662—664, ср. также ст. 666). Указанное причиненіе вреда, вознаграждающееся при условіи неимѣнія средствъ у потерпѣвшихъ, говоритъ скорѣе объ имущественномъ вредѣ, чѣмъ о нравственномъ. Однако, въ основѣ вознагражденія лежитъ здѣсь нравственный вредъ, а не имущественный ущербъ. 2) Причиненіе вреда посредствомъ нанесенія личной обиды или оскорбленія, — безчестіе, которое, по просьбѣ обиженнаго, можетъ быть вознаграждено отъ одного до пятидесяти рублей (стт. 667—669). Сверхъ того возможно требовать вознагражденія за ущербъ въ кредитѣ или въ имуществѣ вслѣдствіе личной обиды или оскорбленія (ст. 670). Искъ о платежѣ безчестія не м. б. соединенъ съ требованіемъ наказанія виновнаго (стт. 668, 669). 3) Причиненіе вреда судьями (см. а.), кои м. б. обязаны заплатить приговоренному сверхъ убытковъ еще за невинное осужденіе отъ ста до шестисотъ рублей или отъ десяти до шестидесяти, въ зависимости отъ того, понесъ ли невинный наказаніе уголовное или исправительное (стт. 678 и 679).

§ 59. Обязательства возмѣщенія вреда, причиненнаго случайнымъ дѣйствіемъ, дозволеннымъ дѣйствіемъ, безъ нарушенія субъективнаго права или сверхъ причиненнаго вреда.

Г. Случайныя дѣйствія.

1. *Обязательства возмѣщенія вреда за дѣйствія случайныя составляютъ исключеніе изъ общаго правила объ ответственности лишь за виновныя дѣйствія (ст. 647).*

Такія обязательства предусматриваются нашими законами въ слѣдующихъ случаяхъ. 1) Причиненіе вреда малолѣтними, когда родители докажутъ, что не имѣли никакихъ средствъ къ предупрежденію преступленія или проступка малолѣтняго (ст. 653 и 686), а равно причиненіе вреда безумными или сумасшедшими на томъ же основаніи (ст. 654) и поклажепринимателями (стт. 665, 2105). 2) Причиненіе вреда вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьи при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній, развѣ только владѣльцы желѣзнодорожныхъ или пароходныхъ предпріятій докажутъ, что несчастіе произошло не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ или же вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы (ст. 683). 3) Согласно разрабатываемому нынѣ правительствомъ законопроекту, причиненіе вреда потерпѣвшимъ вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ служащихъ, мастеровыхъ и рабочихъ на желѣзныхъ дорогахъ, открытыхъ для общаго пользованія, а равно членовъ ихъ семействъ *). 4) Причиненіе вреда вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьи рабочихъ и ихъ семействъ при эксплуатаціи предпріятій фабрично-заводской, горной и горно-заводской промышленности (зак. 2 іюня 1903 г.).—Постановленія о вознагражденіи за вредъ, предусмотрѣнныя ст. 683, указаннымъ законопроектомъ и закономъ 2 іюня 1903 г., не требующія непременно виновнаго причиненія вреда, объясняются сложностью предпріятій современнаго хозяйства и желаніемъ законодателя обезпечить какъ служащихъ, такъ и публику отъ опасностей, связанныхъ для тѣхъ и другихъ съ эксплуатаціей предпріятій. Еще правильнѣе было бы поступить въ этомъ случаѣ, обезпечивъ возмѣщеніе вреда служащимъ въ предпріятіяхъ путемъ государственнаго страхованія.—Въ виду особаго положенія отвѣтственности за вредъ при эксплуатаціи желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій, равно какъ и предпріятій промышленности, устанавливаются особые правила относительно размѣра вознагражденія, способа вознагражденія, краткой давно-

*) Разборъ проекта этого закона см. у Змирова (Ж. М. Ю., 1912, № 1).

сти для начатія иска *) и т. д. Въ частности, слѣдуетъ подчеркнуть, что указанныя правила не подлежатъ отмѣнѣ по соглашенію сторонъ, а самая отвѣтственность по этимъ правиламъ исключается лишь злымъ умысломъ или грубою неосторожностью потерпѣвшаго. Въ частности же, относительно вышеупомянутаго законопроекта слѣдуетъ замѣтить, что онъ, во-первыхъ, повышаетъ размѣръ вознагражденія до $\frac{3}{4}$ заработка непосредственно участвующихъ въ желѣзнодорожномъ движеніи служащихъ и, во-вторыхъ, вводитъ пенсіи для ихъ семействъ (пенсіонная система). 4. Причиненіе вреда случайнымъ дѣйствіемъ, если вознагражденіе за такой вредъ было опредѣлено договоромъ (72/349, 422) или специальнымъ закономъ (напр., закономъ 30 марта 1876 года объ истребленіи контрольнаго снаряда, хотя и не по винѣ винокуреннаго заводчика, 79/70).

2. Обязательства возмѣщенія вреда за дѣйствія случайныя слѣдуетъ строго отличать отъ обязательствъ возмѣщенія вреда за дѣйствія мнимо невиновныя.

Сюда подойдутъ: 1. Возмѣщеніе вреда, причиненнаго дѣйствіями малолѣтнихъ (ст. 653 и 686), безумныхъ и сумасшедшихъ (ст. 654), слугъ и повѣренныхъ (ст. 687). Но, во всѣхъ этихъ случаяхъ отвѣчаютъ за дѣйствія этихъ лицъ другія лица или вслѣдствіе недостатка надзора, или небрежности въ выборѣ (слугъ), или вслѣдствіе порученія (повѣренные), т. е. отвѣчаютъ какъ за свою вину. 2. То же самое слѣдуетъ сказать о причиненіи вреда дикими и другими опасными животными (ст. 688) или домашними животными (ст. 656, 75/628), если будетъ доказано, что принятыя мѣры предосторожности были недостаточны.

III. Дозволенныя дѣйствія и дѣйствія, не нарушающія субъективнаго права.

1. Дозволенными дѣйствіями будутъ тѣ, которыя не запрещены гражданско-правовой нормой.

Это суть тѣ дѣйствія, которыя, не будучи прямо противозаконными и безнравственными (ср. ст. 1528), тѣмъ не менѣе

*) Годичной, если несчастье произошло на желѣзной дорогѣ или на внутреннихъ водныхъ путяхъ сообщенія, двухлѣтней—на пароходѣ въ морскихъ водахъ и годовой—по закону 2 іюня 1903 года.

будутъ противны добрымъ правамъ, напр., причиненіе вреда недобросовѣстной конкуренціей, подстрекательство къ досрочному оставленію службы, поскольку это не запрещено закономъ.

2. Дѣйствіями, не нарушающими субъективныя права, будутъ тѣ, которыми нарушаются обязанности, установленныя въ интересахъ человечества.

Сюда подойдутъ: нарушеніе предписаній полицейскаго характера, напр., неисполненіе постановленій о посыпкѣ улицъ пескомъ въ гололедицу. Сюда же подойдетъ неисполненіе обязанностей должностными лицами.

III. Вознагражденіе сверхъ причиненнаго вреда (штрафныя обязательства).

1. Штрафнымъ будетъ такое обязательство, въ силу котораго потерпѣвшій имѣетъ право требовать штрафа отъ виновнаго лица.

Наше законодательство знаетъ этотъ родъ обязательствъ. Напр., штрафъ при возвращеніи взятаго на сохраненіе (ст. 2116).

§ 60. Обязательства изъ нарушенія договора и вообще юридическаго акта.

Ч а с т н ы й случай обязательствъ изъ правонарушенія составляетъ нарушеніе субъективныхъ правъ сторонъ, вступившихъ въ договоръ. Этотъ частный случай заслуживаетъ, однако, отдѣльнаго разсмотрѣнія, въ виду его особой важности для обязательственнаго права, которое является преимущественно договорнымъ правомъ.

1. Обязательствомъ изъ нарушенія договора будетъ такое обязательство, въ силу котораго одна сторона имѣетъ право требовать вознагражденія за вредъ, виновно причиненный неисполненіемъ или ненадлежащимъ исполненіемъ договора другою стороною.

Т. обр., предметомъ даннаго обязательства будетъ такъ же, какъ и во всякомъ обязательствѣ, основанномъ на правонарушеніи, возмѣщеніе вреда, причиненнаго виновнымъ въ томъ лицомъ. Этотъ вредъ (или, какъ его еще называютъ, интересъ) поло-

жительный слѣдуетъ, однако отличать отъ ущерба, или интереса отрицательнаго. 1. Подъ отрицательнымъ интересомъ разумѣютъ вознагражденіе за вредъ, проистекающій не отъ исполненія договора, а отъ недѣйствительнаго его заключенія. Вслѣдствіе этого легко м. б. причиненъ вредъ невинной сторонѣ. Такъ, напр., договоръ заключенъ одной стороною несерьезно, въ шутку, или его исполненіе не возможно (ср. ст. 1528), или даже онъ совершенъ безъ надлежащаго полномочія и т. п. Во всѣхъ этихъ и многихъ другихъ случаяхъ, сторона, которая могла рассчитывать, безъ своей вины въ томъ, на исполненіе недѣйствительнаго договора, въ правѣ потребовать отъ виновной стороны возмѣщенія причиненнаго ею вреда. Этотъ вредъ могъ выразиться, напр., въ томъ, что сторонѣ, рассчитывавшей на исполненіе недѣйствительнаго договора, пришлось заключить потомъ вмѣсто него менѣе выгодный договоръ, или потратиться на какія-либо приготовленія въ ожиданіи исполненія недѣйствительнаго договора. Правда, согласно одному сенатскому рѣшенію, родители, отказавшіе жениху послѣ даннаго съ ихъ стороны согласія на бракъ, не отвѣчаютъ за убытки, понесенные женихомъ на приготовленія къ свадьбѣ (89/124). Однако, здѣсь имѣется въ виду исключительный случай—строгое охраненіе свободы брачнаго договора. Въ другихъ случаяхъ сенатъ правильно признаетъ обязанность возмѣстить ущербъ, причиненный сдѣлкой, заключенной по ошибкѣ или вслѣдствіе обмана другой стороны (83/78). Къ тому же и ст. 684 не дѣлаетъ какого-либо исключенія въ указанномъ отношеніи.—2. Что же касается положительнаго интереса, т. е. вознагражденія за вредъ, причиненный неисполненіемъ дѣйствительнаго договора, то такое вознагражденіе прямо основано на стт. 570 и 693. При этомъ сенатъ, въ разъясненіе ст. 570, правильно выставляетъ тотъ принципъ, что требованіе можетъ быть направлено прежде всего на реальное исполненіе обязательства и, при невозможности получить реальное удовлетвореніе,—на денежное вознагражденіе. Поэтому въ случаѣ нарушенія договора, возможно требовать передачи имущества натурою или производства за счетъ обязанной стороны условленныхъ дѣйствій (79/317, 375, 80/118, 82/126, ср. также § 49 I 1 б). Къ тому же реальное возмѣщеніе ущерба предусматри-

вается прямо ст. 685 по правилам стт. 671 и 673 (см. § 57, 1 б. 2). Требованіе реального исполненія не составляет, однако, непремѣнной обязанности потерпѣвшей стороны. Она можетъ отказаться отъ установленнаго въ договорѣ дѣйствія и требовать лишь вознагражденія убытковъ, причиненныхъ неисполненіемъ обязательства (76/221).

2. *Невозможность исполненія должникомъ договора по винѣ кредитора не освобождаетъ, однако, должника отъ возмещенія вреда кредитору.*

Въ этомъ случаѣ отвѣтственность должника за возможный для кредитора вредъ понижается и имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда должникъ не приметъ мѣръ къ охранѣ интересовъ кредитора. Такъ, если кредиторъ не приметъ исполненія обязательства, надлежащимъ образомъ предложеннаго (просрочка кредитора), то должникъ не освобождается отъ уплаты процентовъ, если онъ не внесетъ денежной суммы въ депозитъ суда (ср. § 39 2 в). Наше законодательство бѣдно постановленіями по данному предмету. Напротивъ, въ германскомъ правѣ создана цѣлая система т. н. суррогатовъ удовлетворенія въ цѣляхъ освобожденія должника за могущій произойти вредъ отъ неисполненія обязательства по винѣ кредитора. Такъ, общегерманское ул. предоставляетъ должнику право продать съ публичнаго торга движимое имущество, если кредиторъ его не принимаетъ, и внести въ депозитъ суда вырученную сумму (ст. 383). Въ отношеніи же недвижимости должникъ можетъ отказаться отъ владѣнія ею, заблаговременно предваривъ о томъ кредитора (ст. 303).—Вслѣдствіе просрочки кредитора, вознагражденіе за причиненный вредъ возлагается, однако, и на кредитора въ отношеніи должника. Такъ, въ силу ст. 684, кредиторъ, конечно, обязанъ вознаградить должника за сохраненіе имущества, а въ случаѣ договора, направленнаго на оказаніе услугъ,—тѣхъ убытковъ, которые причинены непринятіемъ услугъ со стороны кредитора.

Глава XI. Обязательства изъ гражданско-правовой нормы.

§ 61. Обязательства, восполняющія волю сторонъ (ведение чужихъ дѣлъ безъ порученія).

Въ жизни нерѣдко случается, когда одно лицо заботится объ интересахъ другого, затрачивая на это не только свой трудъ, но и свои средства, причемъ такая затрата труда и средствъ не основана на соглашеніи сторонъ. Это съ одной стороны. А съ другой—въ актѣ добровольной помощи другому лицу нельзя видѣть, конечно, и правонарушения. Поэтому, въ интересахъ гражданскаго правопорядка, само право беретъ на себя задачу опредѣлить права и обязанности лицъ. Выполненіе этой задачи тѣмъ болѣе важно, что такіе мотивы человѣка какъ желаніе добровольно что-либо дѣлать въ интересахъ другого, заслуживаютъ полного одобренія.

1. Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія и есть тотъ институтъ, съ помощью котораго гражданско-правовая норма выполняетъ вышеуказанную задачу.

При этомъ необходимо предостеречь отъ возможности смѣшенія даннаго института съ институтомъ неосновательнаго обогащенія (§ 62). Дѣло въ томъ, что при веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія вознагражденіе лица, исполнившаго что-либо въ интересахъ другого, не предполагаетъ непременно обогащенія послѣдняго. Такъ, напр., если въ отсутствіе хозяина сосѣдъ произвелъ необходимую починку крыши, защитившую домъ отъ гніенія, а домъ потомъ до возвращенія хозяина сгорѣлъ, то выполнившій такую починку все же имѣетъ право на вознагражденіе. Сюда же можно отнести случаи вознагражденія за траты, сдѣланныя въ исполненіе договора не обязанной къ тому стороной, какъ то имѣетъ мѣсто въ одностороннихъ, т. н. „случайно двустороннихъ договорахъ“. Послѣднее названіе неудачно т. к. добавочныя обязательства возникаютъ здѣсь не изъ договора. Напр., расходы поклажепринимателя, ссудопринимателя, поручителя и другихъ, произведенныя въ интересахъ поклажедателя, ссудодателя, давшаго порученіе, и т. д., должны быть возмѣщены въ силу веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія, а не договора, которымъ они не пре-

дусматриваются. Правильная нормировка данного института предполагать, однако, наличность для того особых условий. 1. Вмѣшательство въ чужія дѣла должно оправдываться необходимостью въ такомъ вмѣшательствѣ и 2. соответствовать дѣйствительнымъ или вѣроятнымъ намѣреніямъ самого хозяина (общегер. ул. стт. 770, 678 и 683; Проектъ, ст. 2587). Если же этихъ условий на лицо нѣтъ, то хозяинъ обязанъ возмѣстить лишь обогащеніе, дѣйствительно имъ полученное, развѣ бы только онъ одобрилъ потомъ веденіе дѣла (общегер. ул., ст. 684). Само собою понятно, что вступившій не имѣетъ права на возмѣщеніе, если онъ дѣйствовалъ безъ намѣренія потребовать возмѣщенія отъ хозяина дѣла (общегер. ул., ст. 685). Также понятно, что не подойдутъ подъ институтъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія и тѣ случаи, когда лицо дѣйствуетъ въ собственномъ интересѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ невольно оказываетъ помощь другому, или когда отъ дѣйствій одного лица другія лица сами извлекаютъ выгоду. Институтъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія вводится у насъ Проектомъ, въ существенныхъ чертахъ сходный съ институтомъ общегер. ул. (Проектъ, ст. 2586 и др.). Въ нашей практикѣ и, подъ вліяніемъ ея, въ юридической литературѣ веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія не всегда отличается отъ неосновательнаго обогащенія, чѣмъ производится смѣшеніе двухъ различныхъ институтовъ.

2. Законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставляетъ сторонѣ право на вознагражденіе и прямо—за невозможностью для лица дать порученіе.

Такъ, напр., въ нашихъ законахъ предусматривается право опекуна на вознагражденіе (стт. 284 и 285). Отъ предполагаемаго порученія слѣдуетъ отличать прямое предписаніе закона объ оказываніи помощи: дачи алиментовъ (стт. 106, 172, 194). Здѣсь нѣтъ восполненія воли и даже предполагаемаго порученія.

§ 62. Обязательства, исключаяющія волю сторонъ (неосновательное обогащеніе).

Въ жизни нерѣдко случается, что одно лицо обогащается за счетъ другого такимъ образомъ, что для такого обогащенія

имѣется лишь 1) чисто внѣшнее юридическое основаніе или 2) такое юридическое основаніе, которое въ интересахъ справедливости требуетъ корректива.

1. Внѣшнимъ юридическимъ основаніемъ будетъ то, которое не соответствуетъ основанію экономическому.

Такъ, напр., кто-либо уплатилъ несуществующій долгъ или исполнилъ какое-либо обязательство, выданное имъ при опредѣленномъ предположеніи, которое не исполнилось, напр., передалъ приданое въ предположеніи брака, а бракъ не состоялся и т. д. Въ этихъ и многихъ другихъ случаяхъ юридическій актъ самъ по себѣ дѣйствителенъ, но онъ противорѣчитъ той хозяйственной цѣли, на которую онъ направленъ.

2. Юридическое основаніе требуетъ корректива въ интересахъ справедливости тогда, когда право, лишая кого-либо опредѣленнаго имущества, вознаграждаетъ его за такое лишеніе.

Напр., въ случаяхъ экспроприаціи частной собственности вознагражденіе за принудительное отчужденіе недвижимыхъ имуществъ, временное занятіе ихъ и установленіе права участія въ пользованіи ими (ст. 575 и сл.). Равнымъ образомъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда чья-либо вещь путемъ соединенія съ другой переходитъ въ собственность другого лица. Въ этихъ случаяхъ другое лицо обогащается въ силу самого закона, почему законъ и обязываетъ вознаградить потерпѣвшее лицо. Поэтому же законъ воспрещаетъ возвращеніе обогащенія тамъ, гдѣ въ основѣ обогащенія лежитъ не законъ, а безнравственная сдѣлка, противорѣчащая закону.

3. Существенною чертою института неосновательнаго обогащенія въ вышеуказанныхъ случаяхъ служитъ возвратъ обогащенія.

Неправильно будетъ думать, что лицо, обязанное возвращеніемъ обогащенія, освобождается отъ такового, если оно обогащеніе израсходовало. Такой выводъ, однако, дѣлается иногда въ нашей практикѣ и литературѣ, и притомъ, конечно, совершенно неправильно. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя же говорить серьезно, чтобы человѣкъ, истратившій обогащеніе, имѣлъ преимущество

передъ лицомъ, добросовѣстно его не истратившимъ (Петражицкій). Исключенія, конечно, возможны, но ихъ нельзя дѣлать правиломъ. Поэтому справедливо постановляетъ общегер. ул., когда оно обязываетъ возвратить не только то, что получено безъ основанія, но и всѣ извлеченныя выгоды отъ такого обогащенія (ст. 818). При этомъ общегер. ул. для института неосновательнаго обогащенія требуетъ, чтобы обогащавшій не зналъ объ отсутствіи юридическаго основанія (ст. 814, ср. стт. 815 и 819). Понятно, что требованіе о возвратѣ не допускается, если лицо выполняло свою нравственную обязанность, соблюдало приличіе (ст. 814) или нарушало нравственность (ст. 817). Что касается нашей сенатской практики, то она допускаетъ возвратъ обогащенія (73/713, 75/336, 76/253, 77/183, 78/233, 83/32, 85/101, 86/26, 89/23, 91/18, 22, 81, 93/73, 97/27, 07/42), не опредѣляя вполнѣ точно тѣхъ условій, при наличности которыхъ возможно неосновательное обогащеніе, и не разграничивая его отъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія. Указанная сенатская практика приурочена къ толкованію ст. 574, но этой статьей она, однако, не можетъ быть обоснована. Вообще же слѣдуетъ замѣтить, что институтъ неосновательнаго обогащенія принадлежитъ до настоящаго времени, несмотря на всю его важность въ гражданскомъ оборотѣ, къ числу институтовъ, наименѣе разработанныхъ какъ въ римскомъ, такъ, къ сожалѣнію, и въ современномъ правѣ *).—Существуютъ и другія обязательства изъ гражданско-правовой нормы, которыя не подойдутъ ни подъ веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія (§ 61), ни подъ неосновательныя обогащенія (§ 62). Такъ напр., существуютъ обязательства, направленные на предоставленіе стороною другой сторонѣ документовъ (при процессѣ, ст. 439 и сл. Уст. Гр. Суд.).

*) Петражицкій, Иски о незаконномъ обогащеніи въ т. X. ч. 1 (Вѣстникъ Права 1900, №№ 1—5).

Часть IV.

Семейное право.

Глава I. Понятіе о семейномъ правѣ и виды семейныхъ правъ.

§ 63. Построеніе (конструкція) семейнаго права.

1. Семейное право, въ отличіе а) отъ обязательственнаго и б) вещнаго права, есть власть (правомочіе) лица физическаго (а не юридическаго) надъ в) личностью человека (и его имуществомъ) поскольку это необходимо въ интересахъ семьи.

а. См. § 1. 1 в.—Эта власть есть непосредственная и исключительная (§ 1. 1 г.). Какъ непосредственная власть физическаго лица надъ личностью человека (и косвенно черезъ то надъ его имуществомъ) она выражается въ непосредственномъ отношеніи лица къ лицу. Какъ власть исключительная, она устраняетъ всѣхъ другихъ лицъ. Поэтому въ защиту семейной власти возможно предъявить искъ ко всякому лицу, кто бы ни нарушилъ семейное право. Т. обр., не нуждаясь во власти другихъ и исключая власть всѣхъ лицъ, семейная власть какъ бы довлѣетъ сама себѣ. Этимъ признакомъ семейная власть рѣзко отличается отъ власти обязательственной, какъ посредственной и относительной.

б. Семейное право есть, далѣе, власть лица надъ лицомъ. Ее можно, поэтому, выразить въ формулѣ Л——Л¹, причемъ Л означаетъ лицо правомочное, Л¹—лицо подчиненное и черта—непо-

средственное и исключительное отношеніе лица къ лицу. Этимъ послѣднимъ семейная власть рѣзко отличается отъ вещной власти, какъ господства лица надъ вещью.

в. Личность человѣка—объектъ власти другого человѣка, поскольку это необходимо въ интересахъ семьи. Поэтому эта власть и можетъ быть названа семейнымъ правомъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Но, такъ какъ власть надъ личностью человѣка косвенно распространяется и на его имущество, то поэтому семейному праву противопоставляется другое право семейно-имущественное. Подъ послѣднимъ разумѣется власть лица надъ имуществомъ человѣка, находящагося подъ семейною властью, поскольку это также необходимо въ интересахъ семьи.

2. Семейное право, какъ власть (правомочіе) противопоставляется также семейному праву въ объективномъ смыслѣ этого слова.

Подъ послѣднимъ слѣдуетъ разумѣть совокупность юридическихъ правилъ (нормъ), опредѣляющихъ мѣру власти мужа надъ женой, родителей надъ дѣтьми, опекуновъ надъ подопечными,—и косвенно надъ ихъ имуществомъ.

3. Соответственно сказанному (1 и 2) различаютъ три вида семейной власти: мужнюю, родительскую и опекунскую.

Въ связи съ тремя видами семейной власти и все семейное право излагается въ трехъ отдѣлахъ: мужняя власть (брачное право), родительская власть (родительское право) и опекунская власть (опекунское право).

4. Хотя обыкновенно семейному праву уделяютъ въ наукѣ и законодательствѣ сравнительно мало вниманія, тѣмъ не менѣе надлежащая организація семейнаго права является чрезвычайно важной какъ а) для отдѣльных гражданъ, такъ и б) для всего общества.

а. Около половины всего населенія: женщины непосредственно заинтересованы въ лучшихъ нормахъ, охраняющихъ ихъ личность. Далѣе, болѣе трети населенія: несовершеннолѣтнія

дѣти непосредственно заинтересованы въ лучшихъ нормахъ родительской и соотвѣтственно опекунской власти, охраняющей ихъ личность и имущество. Въ особенности имѣетъ большую важность надлежащая организація опеки для малоимущаго и, въ частности, крестьянскаго населенія.

б. Вообще надлежащая организація семьи безусловно необходима для здороваго и нормальнаго развитія всего гражданскаго общества. Семья есть начальная клѣтка, изъ которой вырастаетъ общественность, она есть основной атомъ организованной общественной жизни. Общество коренится своими основами въ семьѣ, и отсюда оно почерпаетъ всѣ нравственные свои устои (Кавелинъ). Отъ правильной организаціи въ правѣ семьи зависятъ много человѣческаго счастья и внутренняго здоровья всего народа. Но право можетъ надлежаче организовать семью только тогда, если наука, законодательство и общество проникнуты правильнымъ пониманіемъ семьи и ея нравственной природы *).

Глава II. Мужняя власть (брачное право).

§ 64. Возникновеніе мужней власти.

1. Мужняя власть (и вообще брачное право) возникаетъ съ момента заключенія а) договора о бракѣ, б) освященнаго церковью в) или безъ такового освященія.

а. Договоръ о бракѣ, какъ и всякій договоръ, требуетъ взаимнаго и непринужденнаго согласія лицъ, въ данномъ случаѣ сочетающихся бракомъ мужчины и женщины (ст. 12 т. X ч. 1). Причемъ, въ отличіе отъ другихъ договоровъ, 1) необходимо для заключенія договора о бракѣ личное присутствіе и выраженіе согласія на бракъ сочетающихся лицъ. Отсюда не допускается заключеніе брака черезъ представителей, хотя бы и родителей (70/1825). Далѣе, договоръ о бракѣ, въ отличіе также

*) Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины въ гражданскомъ правѣ. Юрьевъ 1910, стр. 304.

отъ другихъ договоровъ, 2) исключаетъ возможность совершенія его б ó л ь ш и м ъ количествомъ лицъ, чѣмъ два (по одному на каждой сторонѣ), и одинаковаго пола. Это значитъ, что современное гражданское право, въ томъ числѣ и русское, признаетъ парный бракъ (моногамію), въ отличіе отъ многоженства (полигаміи) и многомужства (полиандріи). Нашему законодательству, въ видѣ исключенія, извѣстны, однако, и двѣ послѣднія формы брака (стт. 82, 80), напр., полигамія у магометанъ и полиандрія у эскимосовъ. Наконецъ, въ отличіе отъ другихъ договоровъ, договоръ о бракѣ 3) влечетъ за собою послѣдствія, въ общемъ строго опредѣленные самимъ закономъ. Причемъ большинство этихъ послѣдствій въ области личныхъ отношеній супруговъ не подлежитъ измѣненію по ихъ взаимному согласію. Эта опредѣленность и неизмѣнность послѣдствій, возникающихъ изъ договора о бракѣ, естественно, выдѣляетъ послѣдній изъ ряда другихъ договоровъ. Благодаря этому, можетъ возникать даже сомнѣніе въ договорной природѣ брака. Тѣмъ не менѣе, опредѣленность и неизмѣнность послѣдствій, связанныхъ съ договоромъ о бракѣ, не затрагиваетъ сущности брака, какъ договора. 1) Въ западно-европейскомъ правѣ имущественныя отношенія супруговъ могутъ опредѣляться т. н. брачными договорами (стр. 326). 2) Опредѣленность и неизмѣнность послѣдствій договора о бракѣ не затрагиваетъ существа договора, какъ волеизъявленія (согласія) сторонъ. 3) Хотя договоръ о бракѣ по доброй волѣ обѣихъ сторонъ расторгимъ, тѣмъ не менѣе онъ можетъ быть нарушаемъ и подлежить, т. обр., прекращенію.

б. Русское гражданское право для дѣйствительности договора о бракѣ требуетъ его освященія церковью (церковный бракъ) въ формѣ церковнаго вѣнчанія. Видимое исключеніе изъ общаго правила о необходимости церковнаго вѣнчанія для дѣйствительности договора о бракѣ составляетъ бракъ у раскольниковъ. Согласно закону 1874 года, браки у раскольниковъ регистрируются гражданской властью, но эта гражданская регистрація не исключаетъ браковъ у раскольниковъ по церковнымъ обрядамъ. Законъ 1874 года ослабленъ указомъ 17 апрѣля 1905 года, коимъ настоятелямъ и наставникамъ старообрядческихъ общинъ вмѣнено въ обязанность веденіе метрическихъ книгъ (ср. указъ 17 окт. 1906 г., 12 февр. 1907 г., прод. Св. Зак. за 1906 и 1908 гг.).

Т. обр., нынѣ возможна церковная регистрація браковъ у старообрядцевъ такъ же, какъ и у православныхъ, чѣмъ подрывается значеніе гражданской регистраціи.

в. Напротивъ, договоръ о бракѣ безъ освященія церковью извѣстенъ западно-европейскому праву. Такъ, напр., въ Германіи бракъ заключается передъ особымъ чиновникомъ гражданского состоянія, въ округѣ котораго имѣетъ мѣстожителство или обычное пребываніе одинъ изъ брачащихся (общегер. ул., ст. 1320). Самый обрядъ заключенія брака состоитъ въ томъ, что чиновникъ гражданского состоянія, въ присутствіи двухъ свидѣтелей, спрашиваетъ брачащихся по одиночкѣ, одного за другимъ, желаютъ ли они вступить въ бракъ другъ съ другомъ, и когда брачащіеся дадутъ утвердительные отвѣты, провозглашаетъ, что силою закона они отнынѣ законно повѣнчанные супруги. Затѣмъ чиновникъ долженъ занести заключенный бракъ въ брачный реестръ (общегер. ул., ст. 1318). Т. обр., бракъ заключается силою закона путемъ соглашенія сторонъ передъ чиновникомъ гражданского состоянія, лично и въ одновременномъ присутствіи ихъ, въ томъ, что они желаютъ вступить въ бракъ другъ съ другомъ (общегер. ул., ст. 1317).—Въ общегер. ул. даны также подробныя правила о ничтожности и оспоримости брака. При чемъ, какъ на особенность, слѣдуетъ указать, что бракъ, ничтожный сначала, можетъ стать дѣйствительнымъ въ силу давности (общегерм. ул., ст. 1324).

2. Договоръ о бракѣ слѣдуетъ строго отличать отъ предбрачнаго договора.

Предбрачный договоръ (сговоръ) есть, въ сущности, предварительный договоръ о бракѣ. Однако, въ силу того, что современное гражданское право строго охраняетъ свободу соглашенія брачащихся, предбрачный договоръ не имѣетъ юридически обязательной силы. Каждая изъ сторонъ въ правѣ не заключать договора о бракѣ, не неся за то никакой матеріальной ответственности. Поэтому 1) на основаніи сговора нельзя предъявить искъ о заключеніи брака. Поэтому 2) ничтожно также обѣщаніе неустойки на случай, если бракъ не состоится. Равнымъ образомъ 3) отказъ отъ слова или несдержаніе обѣщанія вступить въ бракъ, даннаго сочетающимися

или ихъ родителями, не можетъ само по себѣ быть основаніемъ для взысканія понесенныхъ на приготовленія къ свадьбѣ убытковъ по ст. 684 (70/403, 77/230, 89/124; иначе общегер. ул. ст. 1298). Что же касается подарковъ, то каждая изъ сторонъ въ правѣ требовать ихъ возврата (на основаніи ст. 976 т. X ч. 1, или примѣнительно къ правиламъ о возвратѣ неосновательнаго обогащенія; ср. общегер. ул., ст. 1301). Итакъ, договоръ о бракѣ, какъ предметъ предбрачнаго договора не можетъ быть предметомъ гражданской сдѣлки; предбрачный договоръ имѣетъ лишь характеръ чисто нравственный (77/230, 89/124 и др.).

3. Заключение договора о бракѣ требуетъ отъ сторонъ специальной а) правоспособности и б) дѣеспособности.

а. Въ современномъ гражданскомъ правѣ каждый человѣкъ считается способнымъ вступить въ бракъ и приобрѣсти права, связанныя съ бракомъ. Лишь, въ видѣ исключенія, считаются неспособными тѣ лица, которыя въ наказаніе осуждены на всегдашнее безбрачіе. Такими лицами будутъ тѣ, 1) которые вступили въ новый бракъ при существованіи прежняго, развѣ только виновный получитъ согласіе оставленнаго лица возвратиться къ прежнему браку и разрѣшенія на то духовнаго начальства (стт. 40—42); 2) тотъ изъ супруговъ, который оставилъ другого супруга и болѣе 5 лѣтъ скрывался въ неизвѣстности (ст. 41 и 54). 3) Что же касается супруга, бракъ котораго расторгнутъ по винѣ его (по прелюбодѣянію), то такой супругъ, согласно новому закону 28 мая 1904 года, имѣетъ право вступить въ бракъ по истеченіи 7-лѣтней духовной эпитеміи, сокращаемой до двухъ лѣтъ съ разрѣшенія епархіальнаго преосвященнаго (цирк. ук. Св. Синода 14 іюля 1904 г., № 11, 27 сент. 1907 г., № 8 и ст. 253 Уст. дух. консист.). Въ случаѣ же нарушенія святости и новаго брака, вторично виновный въ семъ супругъ осуждается на всегдашнее безбрачіе.

б. Въ остальныхъ случаяхъ лица считаются правоспособными ко вступленію въ бракъ, если они къ тому же дѣеспособны. Эта дѣеспособность 1) возникаетъ съ наступленіемъ 18 лѣтъ для лицъ мужескаго пола и 16 лѣтъ для женскаго пола, съ правомъ епархіальнаго архіерея сократить ука-

занные срски на полгода (ст. 8 и прим. къ ней). Общій срокъ возрастной брачной дѣеспособности для природныхъ жителей Закавказья сокращается на 3 года (ст. 3). Брачной дѣеспособности 2) не имѣютъ безумные и сумасшедшіе (ст. 5), монашествующіе и посвященные въ іерейскій и дьяконскій санъ, пока они пребываютъ въ этомъ санѣ (ст. 2 и п. 6 ст. 37). Независимо отъ полной недѣеспособности, дѣеспособность можетъ быть также 3) ограничена въ двоякомъ отношеніи. Или тѣмъ, что требуется согласіе на бракъ родителей, опекуновъ, попечителей (стт. 6 и 7) и начальства (ст. 9). Или тѣмъ, что лица, имѣющія брачную дѣеспособность, не могутъ вступать въ бракъ съ опредѣленными лицами: родственниками, свойственниками, состоящими въ духовномъ родствѣ, усыновленными и внѣбрачными родственниками (ст. 23 и п. 2 ст. 37). Такъ, бракъ воспрещается въ кровномъ родствѣ по линіи прямой, восходящей или нисходящей, а по боковымъ линіямъ до четвертой степени включительно (Ук. Св. Синода отъ 17 февр. 1910 г. № 540). Въ двухродномъ свойствѣ браки воспрещаются до третьей степени включительно и четвертой въ двухъ случаяхъ: браковъ съ сестрой невѣстки (жены брата) и съ сестрою зятя (мужа сестры). Впрочемъ, и въ этихъ двухъ случаяхъ Святѣйшій Синодъ разрѣшаетъ браки по ходатайствамъ преосвященныхъ архіереевъ тѣхъ епархій, гдѣ преобладаетъ смѣшанное населеніе (Ук. Св. Синода отъ 7 мая 1903 года, № 5 и 20 іюля 1904 года, № 13). Въ трехродномъ свойствѣ браки воспрещаются безусловно лишь въ первой степени (Цирк. ук. Св. Син. 25 апр. 1841 и 28 марта 1859 г.).— Въ духовномъ родствѣ браки воспрещаются между воспріемникомъ и матерью имъ воспріятого и между воспріемницею и отцомъ ею воспріятой (Ук. Св. Синода 1873 г. по дѣлу Анны Гульдынской). Что же касается родственниковъ по усыновленію, то въ законахъ нѣтъ прямого указанія на то, чтобы усыновленіе считалось препятствіемъ къ браку (Григоровскій, „О бракѣ и разводѣ“, С.-П.Б. 1910, стр. 36). Что же касается, наконецъ, т. н. родства физическаго (внѣбрачнаго), то такое родство равносильно родству кровному (опредѣленіе Св. Синода отъ 17 марта 1877 года, № 488, ^{7 окт.}_{9 нояб.} 1864 г., № 2581) Дѣеспособность . . . аничивается также въ отношеніи

нія въ бракъ христіанъ съ нехристіанами (п. 7 ст. 37), правовѣрныхъ съ раскольниками (за исключеніемъ старообрядцевъ ст. 33 и 2 прим. къ ней).—4) Дѣеспособность теряется послѣ третьяго брака (ст. 21 т. X ч. 1) и съ достиженіемъ 80 лѣтъ (ст. 4 и 37 т. X ч. 1).

§ 65. Характеръ и объемъ мужней власти.

I. Мужняя власть въ личныя отношенія супруговъ.

1. *Характеръ и объемъ мужней власти опредѣляются главенствомъ мужа въ семьѣ.*

Въ силу этого главенства власть мужа носить, однако, характеръ не власти вотчинника, а власти домохозяина, поскольку его волей опредѣляется центръ семейной жизни, ея внутренній укладъ. Посильное оправданіе, т. ск. теорія главенства мужа была дана уже въ XVIII в. Жена по своей природѣ слабѣе мужа. Она подвержена беременности и женскимъ болѣзнямъ. Если жена по праву рожденія дѣтей получаетъ власть надъ дѣтьми и по порученію отца семейства представляетъ домашнее хозяйство, то это есть посредственная власть, которая, во всякомъ случаѣ, подчинена власти отца семейства. Этого требуетъ природа вещей. Никогда не бываетъ, чтобы двѣ совершенно одинаковыя власти имѣли мѣсто въ одномъ и томъ же правленіи. Двѣ одинаковыя власти, въ случаѣ, если бы онѣ выражали различныя воли и намѣренія, портили бы все, потому что никакая сторона не была бы обязана уступить и склониться передъ другой (Юсти). Итакъ, согласно этой теоріи, въ основу главенства мужа кладется 1) слабость женщины, которая нуждается, поэтому, въ защитѣ и пропитаніи ея мужчиной, и 2) невозможность осуществленія одинаковой власти двумя лицами въ одномъ и томъ же правленіи (ср. ниже, гл. III). Какъ бы ни относиться къ этой теоріи, несомнѣнно, что ея главныя основы проведены въ старомъ семейномъ западно-европейскомъ правѣ. Этимъ идеямъ, можетъ быть невольно, отдало свою дань и русское гражданское законодательство, поскольку оно въ т. X ч. 1 краснорѣчиво говоритъ, что мужъ обязанъ защищать и содержать свою жену, а жена обязана подчиняться мужу, какъ главѣ семьи. Что же касается новыхъ законодательствъ, то, хотя

общегер. ул. и не называетъ мужа главой семьи, тѣмъ не менѣе этотъ принципъ признается и въ немъ (ст. 1354, приблизительно такъ же поступили и составители Проекта (231). При чемъ, слѣдуетъ, однако, подчеркнуть, что общегер. ул. выдвинуло вмѣстѣ съ тѣмъ принципъ незлоупотребленія мужа своимъ правомъ, освобождая въ противномъ случаѣ жену отъ обязанности подчиняться рѣшенію мужа (ст. 1354). Т. обр., власть мужа имѣетъ свои границы. Ея дѣйствіе подчинено контролю суда и опеки и стѣснено въ самомъ своемъ существѣ. Отсюда и власть мужа какъ по характеру ея, такъ и объему слѣдуетъ опредѣлять, какъ нѣкоторую совокупность семейныхъ правъ, преимущественно предоставленныхъ мужу, по сравненію съ женою, поскольку мужъ ими не злоупотребляетъ.

Среди этихъ преимущественныхъ правъ слѣдуетъ выдвинуть: опредѣленіе волей мужа мѣстожителства семьи (2), ея единство въ лицѣ мужа (3), главенство въ лицѣ того же мужа (4).

2. Волею мужа опредѣляется мѣстожителство семьи, но; т. к. супруги обязаны жить вмѣстѣ, то это право содержитъ въ себѣ другое право: жена обязана слѣдовать за мужемъ. (ст. 103 т. X ч. 1).

Отсюда, правильно разъяснилъ сенатъ, что жена можетъ не слѣдовать за мужемъ, если послѣдній не имѣетъ постоянного мѣстожителства (70/1145, 79/970, 72/111), т. е. центра семейной жизни.—Осуществленіе права мужа, въ силу котораго жена обязана слѣдовать за мужемъ, не можетъ быть, однако, вполне проведено въ жизни, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи вещей. Поэтому въ гражданскомъ правѣ существуетъ нѣсколько системъ понужденія жены къ совмѣстной жизни съ мужемъ. 1) Система косвеннаго понужденія къ совмѣстной жизни путемъ имущественныхъ штрафовъ, выработанная во Франціи. 2) Система угрозы разводомъ, вслѣдствіе злоумышленнаго оставленія мужа женою, выработанная въ Пруссіи и принятая въ Германіи. 3) Система привода или водворенія жены въ домъ мужа (68/461, 526, 70/799), примѣняемая въ Россіи. Согласно этой системѣ, мужъ вчиняетъ искъ о возвращеніи жены, судъ удовлетворяетъ этотъ искъ, и судебный при-

ставъ исполняетъ рѣшеніе суда, приводя жену въ домъ мужа. Такъ какъ система эта не достигаетъ своей цѣли (жена можетъ уйти, вслѣдъ за судебнымъ приставомъ, а судебныя рѣшенія исполняются только одинъ разъ) и унижаетъ человѣческую личность и судъ, который фактически не въ состояніи привести въ исполненіе свое рѣшеніе, то поэтому наша судебная практика стала на путь системы косвеннаго принужденія, придавъ ей своеобразную форму. Именно, судъ отказываетъ женѣ въ правѣ на содержаніе отъ мужа, если она живетъ отъ него отдѣльно по своей винѣ, доколѣ будетъ самовольно уклоняться отъ сожительства съ мужемъ (75/291, 86/29 и др., 93/106). Болѣе того, сенатъ даетъ женѣ право иска на признаніе судомъ невозможности для жены дальнѣйшаго пребыванія съ мужемъ, создавшимъ ей такія условія жизни, при которыхъ совмѣстная жизнь продолжается лишь по внѣшности, а въ сущности является раздѣльной (06/8). Однако, несмотря на указанную сенатскую практику, сенатъ и до настоящаго времени не признаетъ правильнымъ отказъ судовъ въ разсмотрѣніи исковъ о водвореніи женъ на томъ основаніи, что въ законѣ нѣтъ указаній на способы приведенія въ исполненіе рѣшеній о насильственномъ водвореніи жены къ мужу.—Что же касается, въ частности, мужа, уклоняющагося отъ совмѣстнаго жительства съ женой, то женѣ не предоставлено право требовать водворенія мужа, если онъ оставилъ постоянное мѣстожительство семьи. Къ совмѣстной жизни онъ можетъ быть понуждаемъ лишь косвенно: путемъ денежныхъ штрафовъ (во Франціи), угрозой развода (въ Германіи, такъ же и Проектъ), выдачею содержанія женѣ (у насъ) до тѣхъ поръ, пока самовольно уклоняется отъ совмѣстной жизни съ ней (72/407, 73/1385, 74/689, 75/291, 76/41, 86/29, 90/18). Т. обр., мужъ обладаетъ указаннымъ правомъ въ двоякомъ отношеніи. Имѣя право требовать водворенія жены, онъ въ то же время самъ не подлежитъ водворенію по иску жены.

3. *Единство семьи въ лицѣ мужа выражается въ томъ, что жена а) получаетъ всѣ права и преимущества, сопряженныя съ состояніемъ, чиномъ или званіемъ мужа, если она по роду принадлежитъ къ состоянію низшему (ст. 100), и б) носитъ фамилію мужа.*

а. Причемъ, жена не теряетъ званія мужа и въ томъ случаѣ, если онъ за преступленіе будетъ лишенъ правъ своего состоянія (ст. 101), или бракъ будетъ прекращенъ разводомъ (Ук. 1 Деп. Сената 1903 года № 9773, по поводу женъ евреевъ). Права состоянія мужа получаютъ лица женскаго пола, вступившія въ законный бракъ также съ иностранцами, не состоящими ни въ службѣ, ни въ подданствѣ Россіи (ст. 102). Однако, переходъ мужа въ иностранное подданство не дѣлаетъ жену иностранной подданной (96/118).

б. Что же касается того, что жена носитъ фамилію мужа, то это явленіе основывается на обычаѣ, а не на законѣ. Въ современной цивилистикѣ пробивается, однако, новое теченіе сохранить за женою ея фамилію въ тѣхъ случаяхъ, когда прежняя фамилія имѣетъ для жены цѣнность въ гражданскомъ оборотѣ. При этомъ ея фамилія прибавляется къ новой ея фамиліи (двойная фамилія). Такъ, германскіе цивилисты выводятъ право жены на двойную фамилію изъ обязанности мужа не злоупотреблять своимъ правомъ (Кроме *).

4. *Главенство мужа означаетъ, что мужъ, а не жена, является главою, домохозяиномъ а) въ гражданскомъ оборотѣ и б) въ самой семьѣ.*

а. Однако, въ нашемъ правѣ, въ виду полной раздѣльности имущественныхъ отношеній супруговъ (см. II), главенство мужа въ гражданскомъ оборотѣ ни въ чемъ не выражается. Подтвержденіемъ сказаннаго можетъ служить слѣдующее. 1) Мужъ не имѣетъ права распоряжаться имуществомъ жены безъ законной на то довѣренности (ст. 115). 2) При взысканіи съ одного изъ супруговъ долговъ подвергается описи и продажѣ вся движимость, находящаяся въ общей ихъ квартирѣ, за исключеніемъ платья и бѣлья другого супруга и вещей, о принадлежности коихъ этому супругу представлены достовѣрные доказательства (ст. 976 Уст. гр. суд. 82/152, иначе въ общегерм.

*) Слѣдовало бы въ будущемъ русскомъ законодательствѣ формулировать право мужа требовать отъ жены, чтобы она носила его фамилію, слѣдующимъ образомъ: „Жена именуется по фамиліи мужа. Она можетъ присоединить свою фамилію къ фамиліи мужа, если имѣетъ къ тому серьезный интересъ“ (Синайскій, стр. 317).

ул., ст. 1362: презумпція принадлежности вещей мужу). 3) Сенатъ совершенно исключаетъ представительство жены, какъ представителя мужа, въ домашнемъ хозяйствѣ. Такъ, сенатъ призналъ, что мужъ не обязанъ уплачивать долгъ жены за забранные ею припасы во время совмѣстной жизни съ мужемъ (01/124). Это, однако, противорѣчитъ закону, который считаетъ жену хозяйкою дома (ст. 107 т. X ч. 1). Совершенно иначе вопросъ о представительствѣ мужа рѣшаетъ современное западно-европейское право. Вручая мужу представительство семьи въ гражданскомъ оборотѣ, оно въ то же время признаетъ и жену представительницей мужа, въ предѣлахъ домашняго хозяйства, пока мужъ не отмѣнилъ этого права жены (общегер. ул., ст. 1357).

б. Напротивъ, во внутреннихъ отношеніяхъ семьи мужъ является главою, хозяиномъ дома. 1) „Жена обязана повиноваться мужу своему, какъ главѣ семейства, пребывать къ нему въ любви, почтеніи, въ неограниченномъ послушаніи, оказывать ему всякое уваженіе и привязанность, какъ хозяйка дома“ (ст. 107 т. X ч. 1, ср. ст. 108). 2) Главенство мужа, какъ хозяина дома, выражается также въ защитѣ жены мужемъ (ст. 106 и ст. 1534 Ул. о наказ.). 3) Какъ хозяинъ дома, мужъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе „по состоянію и возможности своей“ (ст. 106). Въ частности, слѣдуетъ замѣтить, что въ современномъ гражданскомъ правѣ завоевываетъ себѣ мѣсто новый принципъ взаимопомощи супруговъ. Въ силу этого принципа не только мужъ обязанъ содержать жену, но и жена обязана доставлять мужу содержаніе, если послѣдній не въ состояніи содержать себя самого (общегер. ул., п. 2 ст. 1360; Проектъ, ст. 237; швейц. ул. ст. 192 и 246). У насъ право мужа на содержаніе отъ жены можно было бы вывести изъ ст. 107 (... „оказывать ему всякое угожденіе“...).

II. Мужняя власть въ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ.

1. *Имущественныя отношенія супруговъ складываются по четыремъ основнымъ системамъ: а) дotalьной, б) общности имущества, в) управленія и г) раздѣльности имущества.*

а. *Дотальная система (римская)* состоитъ въ томъ, что на ряду съ отдѣльнымъ имуществомъ каждого супруга существуетъ еще особый семейный фондъ для нуждъ семьи, образованный изъ приданого жены и соответствующей части имущества мужа. Эта система принята въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 111).

б. Система общности (французская): имущества мужа и жены соединяются въ одну общую массу, съ очень широкимъ правомъ управленія мужа этимъ имуществомъ, почти какъ собственника. При чемъ, по смерти одного изъ супруговъ общая масса дѣлится пополамъ.

в. Система управленія (германская): мужъ управляетъ имуществами своимъ и жены (внесеннымъ имуществомъ), которыя, однако, остаются раздѣльными (общегер. ул., ст. 1363, 1373 и др.).

г. Система раздѣльности имуществъ (русская) состоитъ въ томъ, что каждый изъ супруговъ не только имѣетъ свое имущество въ отдѣльной собственности (ст. 109 т. X ч. 1), приданое также принадлежитъ женѣ (ст. 110), но и въ томъ, что каждый изъ супруговъ можетъ вновь пріобрѣтать отдѣльную свою собственность (ст. 109), самостоятельно и свободно распоряжаться ею, вообще управлять (стт. 114—115). При этомъ, система раздѣльности настолько у насъ послѣдовательно проведена, что супругамъ не возбраняется взаимно перекрѣплять между собою собственныя ихъ имѣнія посредствомъ продажи или дара на общемъ основаніи (ст. 116), совершать взаимно закладныя на принадлежащія каждому изъ нихъ имѣнія и вступать въ другія законныя между собою обязательства (ст. 117).

2. *Рѣзкое проведеніе системы раздѣльности имуществъ супруговъ въ русскомъ правѣ не только вызываетъ а) разныя догадки о ея возникновеніи, но и б) ставитъ вопросъ о ея цѣлесообразности.*

а. Въ русской литературѣ существуютъ двѣ основныя догадки въ объясненіе имущественной самостоятельности жены, исключаящей въ этомъ отношеніи власть мужа, наряду съ довольно рѣзкимъ проявленіемъ этой власти въ личныхъ отноше-

ніяхъ супруговъ. 1. Была высказана догадка, что раздѣльность имуществъ обязана своимъ существованіемъ царствованію императрицъ, создавшихъ имущественную самостоятельность женщинъ (Мейеръ). Догадка эта едва ли можетъ быть принята уже по одному тому, что начало раздѣльности имуществъ супруговъ создается въ теченіе всѣхъ царствованій XVIII в., а не только въ царствованія императрицъ. 2. Была высказана также догадка, что имущественная самостоятельность жены создавалась вслѣдствіе отсутствія царскаго указа, т. е. указное право регулировало лишь тѣ отношенія, въ коихъ былъ затронутъ казенный интересъ (Оршанскій). Догадка эта вызываетъ, однако, сомнѣнія въ самомъ существѣ дѣла. Остается невыясненнымъ, почему жизнь создала раздѣльность имуществъ, если царскій указъ прошелъ молчаніемъ имущественныя отношенія супруговъ. Можетъ быть правильнѣе думать, что имущественная самостоятельность замужней женщины обязана своимъ существованіемъ институту родовыхъ имуществъ, въ связи съ помѣстной системой. Этотъ институтъ родовыхъ имуществъ лежитъ въ основѣ и современнаго русскаго наслѣдственнаго права.

б. Что же касается цѣлесообразности системы раздѣльности имуществъ супруговъ и желательности ея ослабленія, то полная раздѣльность имуществъ стоитъ несомнѣнно въ рѣзкомъ противорѣчій съ общностью интересовъ семейной жизни. Поэтому, признавая въ принципѣ правильность раздѣльности имуществъ супруговъ, слѣдовало бы предоставить супругамъ право путемъ договора выдѣлять особые имущества. Доходы съ нихъ должны итти исключительно на нужды семьи, хотя бы и не выше размѣра, необходимаго для безбѣднаго существованія семьи, и хотя бы до совершеннолѣтія дѣтей. Такой договоръ могъ бы быть обоснованъ на стт. 1528—1530 *). Тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ подчеркнуть, что русское право не признаетъ т. н. брачныхъ договоровъ, посредствомъ которыхъ можно было бы измѣнять законную систему имущественныхъ отношеній супруговъ.

*) Синайскій, стр. 319, Е. Блохъ, Неприкосновенность домашнего очага (Право, 1910 г., № 2). Слѣдуетъ, однако, имѣть въ виду, что семейный фондъ, обеспечивающій безбѣдное существованіе семьи, можетъ затруднять гражданскій оборотъ.

Напротивъ, въ западно-европейскомъ правѣ (французскомъ и германскомъ) брачащіеся имѣютъ право путемъ договоровъ опредѣлять свои имущественныя отношенія иначе, чѣмъ установлено закономъ. Напр., въ Германіи вмѣсто системы управленія можно установить путемъ договора систему раздѣльности имущества и др.

§ 66. Прекращеніе мужней власти.

1. Мужняя власть прекращается, какъ только перестаетъ существовать бракъ а) вслѣдствіе смерти мужа или б) вслѣдствіе расторженія брака (стт. 143 и 144).

а. Со смертью мужа связывается естественный конецъ его власти, какъ равнымъ образомъ и конецъ всѣхъ личныхъ отношеній супруговъ.

б. Гораздо сложнее случай прекращенія мужней власти вслѣдствіе расторженія брака. Сложность эта зависитъ отъ различныхъ поводовъ прекращенія брака. Среди этихъ поводовъ въ русскомъ законодательствѣ слѣдуетъ отмѣтить прежде всего 1) нарушение супружеской вѣрности—прелюбодѣяніе (п. 1 ст. 45 т. X ч. 1); причемъ собственное признаніе отвѣтника въ нарушении святости брака прелюбодѣяніемъ не служитъ безусловнымъ доказательствомъ (ст. 47). 2) Бракъ можетъ быть также расторгнутъ по причинѣ неспособности одного изъ супруговъ къ брачному сожитію (п. 1 ст. 45)—не ранѣе какъ черезъ три года послѣ совершенія брака (ст. 48) и при томъ условіи, что эта неспособность есть природная или началась до вступленія въ бракъ (ст. 49). 3) Бракъ можетъ быть также расторгнутъ въ силу осужденія одного изъ супруговъ съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, или же ссылки на житіе въ Сибирь съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (п. 2 ст. 45, стт. 50, 52 и 53). 4) Бракъ можетъ быть также расторгнутъ и въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія другого супруга (п. 3 ст. 45, стт. 54, 56). 5) Наконецъ, бракъ расторгается (?) вслѣдствіе постриженія обоихъ супруговъ въ монашество, при условіяхъ: взаимнаго ихъ на то согласія, неимѣнія малолѣтнихъ дѣтей, требующихъ родительскаго призрѣнія, и не иначе, какъ по достиженіи обоими супругами узаконенныхъ для того лѣтъ:

30 лѣтъ для мужа и 40 лѣтъ для жены (ст. 413 и 410 т. IX). Спорно, однако, есть ли постриженіе въ монашество прекращеніе брака или пожизненное разлученіе супруговъ. Если признать, что постриженіе въ монашество есть лишь пожизненное разлученіе супруговъ (Павловъ), то, вслѣдствіе сложенія монашескаго сана, невозможно, конечно, вступленіе въ новый бракъ (Шершеневичъ). Спорность вопроса имѣетъ за собою и то еще основаніе, что нашъ законъ говоритъ о формальномъ расторженіи брака духовнымъ судомъ лишь въ первыхъ, вышеуказанныхъ четырехъ случаяхъ.—Оцѣнивая поводы къ разводу въ нашемъ законодательствѣ, слѣдуетъ подчеркнуть ихъ недостаточность. Такъ, не приняты во вниманіе, какъ поводы къ разводу, жестокое обращеніе (Франція), покушеніе на жизнь, злонамѣренное оставленіе, душевная болѣзнь (Германія) и такія заразительныя болѣзни, какъ сифилисъ, проказа. Попытки реформировать у насъ поводы развода не имѣли, однако, до сихъ поръ успѣха.

2. Реформы эти тѣмъ болѣе необходимы, что безусловно запрещается расторженіе брака по взаимному согласію супруговъ (ст. 46, 76, п. 1 ст. 529).

И болѣе того, у насъ не допускаются никакія между супругами обязательства или иные акты, заключающіе въ себѣ условія жить въ разлученіи (ст. 46 и п. 1 ст. 103). 1) Впрочемъ, сенатъ въ общемъ довольно широко толкуетъ данное запрещеніе нашего закона. Такъ, въ 79 г., за № 309, сенатъ призналъ допустимой подписку мужа, въ коей онъ обязывался передъ своей женою выдать ей особый паспортъ по извѣстнымъ имъ причинамъ для свободнаго жительства, гдѣ она пожелаетъ. Выдача паспорта женѣ съ согласія мужа признана и самимъ закономъ (ст. 11 закона 3 мая 1894 г.). Т. обр., не всякое соглашеніе супруговъ жить раздѣльно признается самовольнымъ разлученіемъ супруговъ. 2) Раздѣльное житье супруговъ возможно, однако, и помимо согласія мужа. Сюда слѣдуетъ отнести тотъ случай, когда мужъ не желаетъ принять къ себѣ жену: давать ей содержаніе и пропитаніе (68/526, 74/689), или создаетъ ей такія условія, вслѣдствіе которыхъ совмѣстная съ нимъ жизнь становится невозможной (06/8), или вообще не имѣетъ постояннаго мѣстожительства (71/470,

92/111). Независимо также отъ согласія мужа жена, можетъ получить отъ губернатора или градоначальника отдѣльный видъ на жительство, когда мужъ находится въ безвѣстномъ отсутствіи или страдаетъ умопомѣшательствомъ (законъ 18 іюля 1897 года). Право получить отъ земскихъ начальниковъ отдѣльный видъ на жительство помимо согласія мужа предоставлено также крестьянкамъ въ случаѣ жестокаго обращенія съ ними мужей (Ук. 1 Общ. Собр. 30 ноября 1899 г.).—Оцѣнивая разрозненные постановленія нашего законодательства и сенатской практики о временномъ прекращеніи мужней власти путемъ раздѣльнаго жительства супруговъ, слѣдуетъ подчеркнуть отсутствіе въ нихъ планомѣрности и общей идеи. Такъ, напр., въ частности, жены высшихъ сословій вынуждены и до настоящаго времени обращаться на Высочайшее имя съ прошеніями о дозволеніи имъ жить отдѣльно отъ своихъ мужей, по самымъ разнообразнымъ причинамъ, какъ то: жестокаго съ ними обращенія, сифилитической болѣзни мужей и т. п.

3. Поэтому крайне желательно упорядочить раздѣльное жительство супруговъ, создавъ для этого особый институтъ раздѣльнаго жительства.

Эту задачу и выполняетъ Проектъ. 1) Разрѣшеніе вопроса о раздѣльномъ жествѣ супруговъ онъ передаетъ гражданскому суду (окружному суду). 2) Далѣе, онъ признаетъ для раздѣльнаго жительства супруговъ достаточнымъ злнамѣренное оставленіе однимъ супругомъ другого (ст. 262), отсутствіе у мужа осѣдлости, отказъ его отъ содержанія жены и запрещеніе женѣ снискивать средства (ст. 263), жестокое обращеніе, сифились, пьянство, мотовство, болѣзнь жены, при которой вредно для здоровья ея супружеское сожитіе (ст. 261). 3) Раздѣльное жительство разрѣшается на срокъ отъ одного до трехъ лѣтъ или на неопредѣленное время (ст. 264). 4) Суду предоставляется также право опредѣлять отношенія супруговъ между собою и въ отношеніи ихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей на время раздѣльной жизни супруговъ (стт. 268, 267 и 270).—Въ настоящее время имѣется Проектъ министра юстиціи „о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ дѣйствующихъ узаконеній объ отношеніи супруговъ между собою и къ дѣтямъ“. Этимъ Проектомъ отрицается

институтъ раздѣльнаго жительства супруговъ, признанный Проектомъ Гражданскаго Уложенія. Въмѣсто того предполагается установить лишь послѣдствія разножительства супруговъ. Самое же разножительство супруговъ возникаетъ съ согласія или даже и помимо того, т. к. жена можетъ получить паспортъ безъ согласія мужа *).

Глава III. Родительская власть (родительское право).

§ 67. Характеръ родительской власти.

1. *Родительская власть, т. е. власть отца и матери, все болѣе и болѣе приобретаетъ въ современномъ гражданскомъ правѣ характеръ власти опекунской.*

Это значить, что родительская власть разсматривается не столько съ точки зрѣнія правъ родителей на личность своихъ дѣтей, сколько съ точки зрѣнія обязанности родителей заботиться о надлежащемъ воспитаніи и охранѣ личности дѣтей. Что касается русскаго права, то хотя родительская власть была ограничена со времени Петра Великаго, однако до настоящаго времени въ нашемъ законодательствѣ родительская власть является автономной. Совершенно иначе нормируетъ родительскую власть западно-европейское право, напр., общегерманское. Хотя оно также признаетъ родительское право, однако это право осуществляется подъ надзоромъ опекунскихъ учреждений. Въ частности, опекунскій судъ можетъ распорядиться, чтобы ребенокъ былъ взятъ у родителей и помѣщенъ на воспитаніе въ надлежащую семью, въ воспитательное или исправительное заведеніе, разъ родители злоупотребляютъ своимъ правомъ попеченія о личности ребенка (ст. 1666 общегер. ул.). Точно такъ же и калифорнское ул. выдвигаетъ на первый планъ благо дѣтей, а не право родителей (п. 1 и 2 ст. 246). Любопытно, что и наше новое

*) Гессенъ, Раздѣльное житье супруговъ (Право, 1911 г. №№ 49 и 50).

законодательство въ отдѣльныхъ случаяхъ прямо считается съ принципомъ блага дѣтей,—именно; блага дѣтей отъ браковъ недѣйствительныхъ (ст. 131²) и дѣтей внѣбрачныхъ (ст. 132¹⁰, болѣе подробно см. § 69. II 1 и § 70. II 1).

2. Родительская власть опредѣляется, поѣтому, въ современномъ правѣ принципомъ блага дѣтей.

Совершенно иначе было въ прежнемъ правѣ, когда родители смотрѣли на дѣтей, какъ на свою собственность, могли распорядиться ихъ судьбой по своему усмотрѣнію: заключали безъ ихъ согласія браки, опредѣляли ихъ въ монастырь и т. д.

а. Нѣкоторыя статьи т. X ч. 1 и до сихъ поръ носятъ на себѣ слѣды прежней абсолютной власти родителей. Такъ, напр., нашъ законъ счелъ нужнымъ оговорить, что родители не имѣютъ права на жизнь дѣтей и что за убійство ихъ судятся и наказываются по уголовнымъ законамъ (ст. 170, ср. также ст. 169).—Болѣе того, современное русское законодательство, признавая, что власть родительская существуетъ не только въ интересахъ родителей, но и дѣтей, тѣмъ не менѣе признаетъ за родителями власть подвергать своихъ дѣтей тюремному заключенію (ст. 165, О. С. 88/4. См. § 69. I 2 б).

§ 68. Возникновеніе родительской власти.

I. Рожденіе въ бракѣ.

1. Родительская власть возникаетъ прежде всего рожденіемъ дѣтей въ бракѣ; эта власть родителей—надъ брачными, или законными (законнорожденными) дѣтьми.

Брачность или законность рожденія занимаетъ въ современномъ правѣ первое мѣсто среди другихъ способовъ возникновенія родительской власти. Однако, не всякій ребенокъ, рожденный въ бракѣ, тѣмъ самымъ будетъ прививаться брачнымъ ребенкомъ, и наоборотъ. Для брачности, или законнорожденности ребенка необходимо не столько его рожденіе въ бракѣ, сколько зачатіе въ бракѣ. Последнее же опредѣляется въ правѣ путемъ особаго періода зачатія, т. е. временемъ супружескаго сожитія мужа съ женою.

2. *Періодъ зачатія узнается у насъ по времени рожденія ребенка отъ 180 дня по заключеніи брака и до 306 дня по прекращеніи брака, включая сюда какъ 180-й день, такъ и 306 (стт. 125, 119 и 131).*

Несомнѣнно, что ограниченіе періода зачатія указанными днями 180-мъ и 306-мъ вѣрно лишь приблизительно. Поэтому въ другихъ законодательствахъ періодъ зачатія м. б. и большимъ и меньшимъ, напр., въ германскомъ правѣ послѣднимъ днемъ періода зачатія считается 302, во французскомъ—310.

3. *Однако, рожденіе ребенка при несоблюденіи періода зачатія не означаетъ еще непременно внѣбрачности ребенка.*

Такъ, 1) ребенокъ, родившійся раньше 180-го дня по совершеніи брака его родителей, считается брачнымъ ребенкомъ, если отецъ не отрицалъ законности его рожденія (стт. 119, 125 т. X ч. 1 и ст. 1349 и сл. Уст. Гр. Суд.). Далѣе, 2) ребенокъ, родившійся по истеченіи 306-го дня послѣ прекращенія брака смертью мужа или послѣ расторженія брака, считается брачнымъ, если въ теченіе 6 мѣсяцевъ не оспаривали законности его рожденія всѣ тѣ, коихъ права личныя или по имуществу были бы нарушены черезъ признаніе его законнорожденнымъ (ст. 131 т. X ч. 1, ср. ст. 132). Впрочемъ, правильно поступаетъ общегерм. ул. (п. 2 ст. 1592), а вслѣдъ за нимъ и Проектъ (ст. 379), которые въ интересахъ ребенка и семьи относятъ къ періоду зачатія и болѣе отдаленное время, т. е. рожденіе ребенка ранѣе положеннаго срока. Дѣло въ томъ, что нерѣдко зачатіе ребенка происходитъ до брака отъ будущаго мужа—отца. Поэтому лучше предполагать брачность ребенка, родившагося по естественному порядку слишкомъ рано.

4. *Тѣмъ болѣе, что рожденіе ребенка и при соблюденіи періода зачатія м. б. также въ нѣкоторыхъ случаяхъ оспорено отцомъ.*

Такъ, 1) въ случаѣ разлуки мужа съ женою въ періодъ зачатія (стт. 1350—1353 Уст. Гр. Суд. 92/33), мужъ имѣетъ право оспорить законность рожденія ребенка въ теченіе одного

года со времени рожденія ребенка, *) если мужъ находится въ предѣлахъ Россіи, и двухъ годовъ, если онъ пребываетъ за границею (1350 Уст. Гр. Суд.). Наслѣдники же имѣютъ право оспаривать законнорожденность ребенка до истеченія предоставленнаго мужу времени, если онъ прежде смерти не объявилъ, что признаетъ ребенка законнымъ (ст. 1352), и, во всякомъ случаѣ, не позднѣе 3-хъ мѣсяцевъ по смерти мужа (ст. 1353). Этотъ же срокъ долженъ соблюдаться наслѣдниками и въ томъ случаѣ, когда ребенокъ родится послѣ смерти своего отца (ст. 1353).— Далѣе, 2) возможно оспаривать законнорожденность ребенка и вслѣдствіе прелюбодѣянія жены (п. 1 ст. 132 и ст. 135 т. X. ч. 1). Однако же дѣти, рожденные отъ брака, расторгнутаго по причинѣ прелюбодѣянія матери, признаются законными, если рожденіе ихъ прежде расторженія брака не было сокрыто отъ мужа и если нѣтъ другихъ доказательствъ ихъ внѣбрачности (ст. 135). Напротивъ, 3) признаются внѣбрачными дѣти, рожденные отъ брака расторгнутаго по неспособности мужа къ супружескому сожитію (ст. 134). Нашъ законъ не говоритъ о случайныхъ причинахъ невозможности рожденія ребенка отъ мужа. Такими причинами могутъ быть, напр., операція, пораненія (Эндеманъ).

II. Внѣбрачность рожденія и рожденіе отъ недѣйствительныхъ браковъ.

1. *Родительская власть возникаетъ также надъ дѣтьми, рожденными внѣ брака: внѣбрачными и рожденными въ недѣйствительныхъ бракахъ.*

Но эта власть иначе распредѣляется между родителями, чѣмъ то имѣетъ мѣсто въ отношеніи законнорожденныхъ, или брачныхъ дѣтей (§ 70).

2. *Внѣбрачными дѣтьми будутъ тѣ, которыя рождены незамужнею женщиною, и тѣ, по исключенію, дѣти, которыя рождены замужнею женщиною въ указанныхъ выше случаяхъ (см. I).*

*) Если жена скрывала отъ мужа рожденіе ребенка, то указанные сроки въ ст. 1350 считаются съ того дня, когда мужъ узналъ о рожденіи ребенка (ст. 1351).

См. ст. 132, ср. стт. 131, 134, 135 т. X ч. 1. Терминъ „внѣбрачный“ вмѣсто „незаконнорожденный“ ребенокъ введенъ закономъ 3 іюня 1902 г. Съ внѣбрачными дѣтьми не слѣдуетъ смѣшивать дѣтей, рожденныхъ въ бракахъ недѣйствительныхъ. Такія дѣти, хотя въ сущности и рождены внѣ брака, однако въ силу самого закона они приравняются къ дѣтямъ, рожденнымъ въ бракѣ (ст. 131¹).

III. Усыновленіе и узаконеніе.

1. Родительская власть возникаетъ, наконецъ, путемъ усыновленія чужихъ дѣтей или своихъ внѣбрачныхъ дѣтей; эта власть—надъ усыновленными дѣтьми.

Усыновленіе производится 1) окружнымъ судомъ когда усыновители принадлежать къ высшимъ сословіямъ (Уст. Гр. Суд. ст. 1460⁸) и 2) припискою усыновленнаго къ семейству усыновителя—крестьянина или мѣщанина (ст. 155 т. X ч. 1).—Для усыновленія требуется, однако, специальная правоспособность и дѣеспособность. 1) Хотя въ законѣ и говорится, что для усыновленія необходимо имѣть общую правоспособность (ст. 146), однако, на дѣлѣ это не совсѣмъ согласуется съ другими постановленіями закона. Такъ, не имѣютъ права усыновлять: 1) лица нехристіанскаго вѣроисповѣданія христіанъ, и обратно (ст. 148), 2) раскольники (не старообрядцы) православныхъ (ср. ст. 148 прим. и ст. 33 прим.; иначе Шершеневичъ); 3) обреченные по своему сану на безбрачіе (ст. 145). Что касается, далѣе, дѣеспособности, то она возникаетъ съ достиженіемъ 30-лѣтняго возраста (ст. 146). Отступленіе отъ этого правила сдѣлано лишь въ пользу усыновителей-отцевъ внѣбрачныхъ дѣтей (ст. 150¹). Дѣеспособность м. б. также ограничена. Такъ, 1) усыновленіе священнослужителями и церковными причетниками допускается не иначе, какъ съ разрѣшенія епархіальнаго архіерея (ст. 151); 2) не допускается усыновленіе чужихъ дѣтей, если имѣются свои законныя или узаконенныя дѣти (ст. 145¹ ср. ст. 150¹); 3) евреи, имѣющіе право повсемѣстнаго жительства, могутъ усыновлять своихъ единовѣрцевъ, имѣющихъ лишь право повсемѣстнаго жительства (прим. къ ст. 145); 4) усыновленіе однимъ супругомъ возможно только съ согласія

другого супруга (ст. 150), а своего внѣбрачнаго ребенка съ согласія его матери, числящейся въ метрикахъ рожденія ребенка, или когда происхожденіе отъ нея удостовѣрено судомъ (ст. 150¹), и 5) усыновленіе казаками неказакъ требуетъ зачисленія послѣднихъ въ составъ войска (ст. 161¹), а нижними войсковыми чинами—разрѣшенія надлежащаго начальства (ст. 160).

Кромѣ общей и спеціальной правоспособности и дѣеспособности усыновителя необходимо также, чтобы и усыновляемый былъ способенъ къ усыновленію. Такъ, усыновляемый долженъ быть моложе усыновителя на 18 лѣтъ (ст. 140, исключеніе установлено для усыновленія своего внѣбрачнаго ребенка, п. 2 ст. 151¹). Напротивъ, для усыновленія не необходима возрастная дѣеспособность усыновляемаго. Здѣсь возможно законное представительство и лишь дополнительно необходимо согласіе усыновляемаго, если онъ достигъ 14 лѣтъ (ст. 149).

2. Отъ усыновленія слѣдуетъ строго отличать узаконеніе.

Узаконять можно: 1) только своихъ внѣбрачныхъ дѣтей (79/241 и др.), 2) помимо согласія узаконяемыхъ и 3) узаконеніе дозволяется только христіанскому населенію (ст. 144¹). Слѣдовательно, всѣ нехристіане не правоспособны узаконять *). Далѣе, 4) надо подчеркнуть и особый способъ узаконенія—это послѣдующій бракъ родителей, на основаніи котораго судъ опредѣляетъ узаконеніе дѣтей (п. 1 и 2 ст. 144¹ т. X ч. 1 и ст. 1460¹ Уст. Гр. Суд.). По смерти родителей возбужденіе ходатайства объ узаконеніи переходитъ къ дѣтямъ (04/48). Узаконеніе возможно также и Высочайшимъ указомъ (ст. 144). Наконецъ, 5) какъ на особенность узаконенія слѣдуетъ указать, что узаконенныя дѣти считаются законными со дня вступленія ихъ родителей въ бракъ, а не со дня ихъ рожденія или опредѣленія суда объ ихъ узаконеніи (п. 3 ст. 144¹). Это различіе имѣетъ своимъ послѣдствіемъ лишеніе права узаконенныхъ дѣтей наследовать въ боковыхъ линияхъ въ имуществѣхъ, открывшихся до брака родителей.

*) Ограниченіе правоспособности не распространяется на т. н. раскольниковъ (95/17, 98/32).

§ 69. Объемъ родительской власти.

1. Родительская власть надъ брачными (законными) дѣтьми.

Родительская власть представляетъ собою совокупность правъ родителей въ личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ къ дѣтямъ. Права эти слѣдующія.

1. Право эксплуатаціи дѣтской рабочей силы.

Правда, это право не признано у насъ прямо въ законѣ. Однако, 1) родители въ правѣ требовать, чтобы дѣти „служили имъ на самомъ дѣлѣ“ (ст. 177 т. X ч. 1). 2) Далѣе, хотя законъ и запрещаетъ родителямъ отдавать въ наемъ дѣтей безъ ихъ согласія, однако при зависимости дѣтей отъ родителей и безконтрольности родительской власти, родителямъ не трудно получить согласіе дѣтей на отдачу ихъ въ наемъ. Тѣмъ болѣе, 3) что родителямъ не запрещается отдавать дѣтей въ ученіе на опредѣленные сроки (ст. 2203) и подъ этимъ видомъ сдавать ихъ въ услуженіе. Гораздо болѣе серьезные предѣлы ставятся родительской власти назначеніемъ въ законѣ минимальнаго возраста дѣтей для отдачи ихъ на фабрики и заводы. Такимъ возрастомъ признается въ Россіи 12 лѣтъ.

2. Право на попеченіе о личности дѣтей. Подъ это право подойдутъ въ свою очередь права: а) воспитанія дѣтей, б) надзора за ними и опредѣленія ихъ мѣстопребыванія и в) исправленія ихъ, съ помощью соответствующихъ мѣръ наказанія.

а. Въ русскомъ законодательствѣ много говорится о томъ, каково должно быть воспитаніе дѣтей. Оно д. б. „доброе и честное“, по состоянію родителей (ст. 172), нравственное, домашнее и содѣйствующее видамъ правительства (ст. 173). Но наше законодательство не требуетъ отъ родителей ничего положительнаго, хотя бы, напр., того, чтобы родители отдавали дѣтей въ школы или, по меньшей мѣрѣ, научили дѣтей грамотѣ. Въ этомъ отношеніи нашъ законодатель все предоставляетъ на волю родителей (ст. 173) и, болѣе того, онъ не воспрещаетъ имъ отдавать дѣтей въ ученіе (ст. 2203).

б. Право надзора родителей за детьми выражается не только въ наблюдении за ихъ поведениемъ и защитѣ ихъ въ личныхъ обидахъ (ст. 175), но также въ правѣ родителей опредѣлять мѣстожителство дѣтей и требовать ихъ выдачи отъ постороннихъ лицъ. Въ частности, заслуживаетъ особаго вниманія право родителей на выдачу дѣтей отъ третьихъ лицъ, хотя бы интересъ дѣтей и требовалъ оставить ихъ у послѣднихъ. Въ этомъ отношеніи сенатъ стоитъ на точкѣ зрѣнія защиты автономной власти родителей, хотя бы эта власть находилась въ плохихъ рукахъ (97/81, нѣсколько иначе 76/199). Поэтому, напр., алкоголикъ отецъ, ведущій безнравственную жизнь, въ правѣ вытребовать своего сына отъ дѣда, хотя бы тотъ давалъ ребенку надлежащее воспитаніе и уходъ. Болѣе того, сенатъ разъяснилъ, что даже отдача самими родителями своего ребенка постороннему лицу на воспитаніе по договору не связываетъ родителей въ досрочномъ прекращеніи договора (97/81, ср. 71/615, противъ 76/199). Еще болѣе рѣзко подчеркивается родительская власть въ правѣ родителей на исправленіе дѣтей. Именно, родители для исправленія дѣтей строптивыхъ и не повинующихся не только имѣютъ право употреблять домашнія исправительныя мѣры, но, въ случаѣ безуспѣшности таковыхъ, они властны заключать дѣтей, не состоящихъ на государственной службѣ, въ тюрьму по правиламъ, постановленнымъ въ ст. 1592 ул. о нак. (изд. 1885 г.) и приносить на нихъ жалобы въ судебныя установленія (ст. 165). Впрочемъ, родители могутъ осуществлять свое право на заключеніе дѣтей въ тюрьму только путемъ обращенія къ судебной власти (О. С. 88/4). Въ частности, въ губ. Черниговской и Полтавской родителямъ предоставляется право отречься отъ дѣтей (ст. 167) вмѣсто того, чтобы ихъ исправлять. Проектъ признаетъ возможнымъ заключеніе несовершеннолѣтнихъ дѣтей въ исправительныя пріюты по просьбѣ родителей (ст. 412 ср. ст. 413).

3. *Право на полученіе содержанія отъ дѣтей (право на алименты).*

Въ русскихъ законахъ это право признается только за родителями; а не другими восходящими родственниками (ст. 194, 88/17). Именно, если родители „находятся въ бѣдности,

дрыхлости или немощахъ“, то дѣти, хотя бы они были совершенно отдѣлены отъ родителей, обязаны „доставлять имъ пропитаніе и содержаніе по самую ихъ смерть“ (ст. 194). Отсюда, напр., дѣдъ или бабка не могутъ требовать у насъ содержанія отъ своихъ внуковъ и внучекъ. Т. обр., въ русскомъ правѣ нѣтъ цѣльнаго алиментарнаго института, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., въ германскомъ правѣ.

4. *Право родителей на почтеніе и уваженіе со стороны дѣтей. Это право выражается: а) въ оказываніи дѣтьми почтенія родителямъ вообще и, б) въ частности, въ испрашиваніи дѣтьми у родителей согласія на вступленіе въ бракъ.*

а. Родители въ правѣ требовать, чтобы дѣти оказывали имъ „чистосердечное почтеніе, послушаніе, покорность и любовь“, чтобы они отзывались о нихъ съ почтеніемъ и сносили „родительскія увѣщанія и исправленія терпѣливо и безропотно“ (ст. 177). Причемъ, увѣщанія и исправленія родительскія могутъ итти такъ далеко, что даже въ личныхъ обидахъ или оскорбленіяхъ родителями дѣтей отъ послѣднихъ не принимается никакого иска ни гражданскимъ, ни уголовнымъ порядкомъ (ст. 168).

б. Родители въ правѣ требовать, чтобы дѣти безъ ихъ согласія не вступали въ бракъ (ст. 6). Бракъ, заключенный безъ согласія родителей, хотя и сохраняетъ силу, но по ихъ жалобѣ провинившіяся дѣти могутъ подвергнуться тюремному заключенію на время отъ 4 до 8 мѣсяцевъ и, сверхъ того, лишиться права наследованія по закону въ имѣніи оскорбленнаго ими родителя (Ул. о нак., ст. 1566). Еще строже въ этомъ отношеніи поступаетъ французское право: сынъ до 25 лѣтъ, а дочь до 21 года, не испросившіе согласія своихъ родителей, а, за неимѣніемъ ихъ, восходящихъ родственниковъ, заключаютъ недѣйствительный бракъ. Съ достиженіемъ же указанныхъ возрастовъ, требуется испрошеніе черезъ нотаріуса совѣта посредствомъ „почтительнаго акта“. Въ случаѣ неисполненія этого требованія бракъ хотя и дѣйствителенъ, но виновные несутъ наказаніе. Признавая за родителями право давать или не давать согласіе на бракъ своихъ дѣтей, наши законы не защищаютъ дѣтей отъ произвола родителей. Лишь въ губерніяхъ Черниговской и Полтав-

ской предоставляется совершеннолѣтней дочери, имѣніе которой находится въ опекуномъ управленіи родителей, право, въ случаѣ отказа родителей на выходъ ея въ замужество, обратиться за помощью въ судъ и съ его разрѣшенія вступить въ бракъ (ст. 7). Еще далѣе идетъ общегер. ул., которое прямо постановляетъ, что за отказомъ родителей дать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ разрѣшеніе на бракъ, это разрѣшеніе дается опекунскимъ судомъ, конечно—по уважительнымъ причинамъ (ст. 1304 и 1308). Напротивъ, Проектъ, въ случаѣ отказа родителей дать согласіе на бракъ дѣтей, не допускаетъ вмѣшательства суда (ст. 133, ср. ст. 135). Впрочемъ, по проекту, обязаны испрашивать согласіе родителей только дѣти, не достигшія совершеннолѣтняго возраста.

5. *Хотя родительская власть въ русскомъ правѣ, какъ то видно изъ вышеизложеннаго (1—4), носитъ характеръ власти автономной, существующей въ интересахъ родителей, тѣмъ не менѣе наше законодательство а) принимаетъ во вниманіе интересы дѣтей, б) хотя и не въ полной мѣрѣ.*

а. Независимо отъ того, что многія родительскія права суть въ одно и то же время права и обязанности, наши законы признаютъ за дѣтьми право на содержаніе ихъ родителями. Такъ, родители обязаны давать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ пропитаніе и одежду (ст. 172, неправильно Проектъ, ст. 405: „пока дѣти не приготовлены... къ дѣятельности“). Эта обязанность не прекращается съ достиженіемъ дѣтьми совершеннолѣтія въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣти нуждаются еще въ попеченіи родителей (93/106). Самый размѣръ содержанія опредѣляется состояніемъ родителей (ст. 172).

б. Однако, въ частности, дочери не имѣютъ, по русскимъ законамъ, права требовать себѣ отъ родителей приданнаго, какъ равнымъ образомъ всѣ вообще дѣти, по достиженіи совершеннолѣтія, не могутъ требовать выдѣла имъ частей изъ имущества родителей (ст. 993, ср. 994). Вопросъ о правѣ требованія дочерью приданнаго отъ родителей въ литературѣ остается открытымъ, въ законодательствахъ же разрѣшается различно. Изъ новыхъ законодательствъ общегерманское съ различными оговорками признаетъ за дочерью право требо-

вать себѣ приданого на домашнее обзаведеніе (ст. 1120). Напротивъ, французское право не возлагаетъ на родителей обязанности давать дочери приданое (ст. 204).

6. Что же касается, наконецъ, родительской власти надъ дѣтьми въ имущественномъ отношеніи, то родители совершенно лишены этой власти.

Во время несовершеннолѣтія дѣтей они управляютъ имуществомъ, собственно дѣтямъ принадлежащимъ, на правѣ опекунскомъ (ст. 180), для чего должны быть утверждены въ опекунскомъ званіи (71/1243, 80/60, ст. 226). Исключеніе сдѣлано сенатомъ для того лишь случая, когда опека еще не назначена, а несомнѣнная польза малолѣтнихъ требуетъ безотлагательныхъ дѣйствій со стороны родителей именемъ ихъ дѣтей (80/60, 87/37, 78). Нашъ законъ, въ частности, различаетъ дѣтей неотдѣленныхъ (ст. 182 и сл.) и дѣтей отдѣленныхъ (ст. 190 и сл.). Однако, это дѣленіе дѣтей на неотдѣленныхъ и отдѣленныхъ не имѣетъ значенія для власти родительской. Дѣло въ томъ, что родители не имѣютъ права на имущество своихъ дѣтей и не могутъ распоряжаться имъ безъ согласія и уполномочія своихъ дѣтей (ст. 193). Равнымъ образомъ и неотдѣленные дѣти не могутъ распоряжаться имуществомъ своихъ родителей безъ согласія и уполномочія на то родителей (ст. 184 и сл.).

II. Родительская власть надъ внѣбрачными, рожденными отъ недѣйствительныхъ браковъ, усыновленными и узаконенными дѣтьми.

1. Общія права родительской власти существуютъ также въ отношеніи внѣбрачныхъ дѣтей, но признаются лишь за матерью (ст. 132¹).

Принадлежностью внѣбрачнаго ребенка къ семьѣ матери объясняется и тотъ фактъ, что ребенокъ, съ согласія матери и ея отца, если онъ находится въ живыхъ, можетъ именоваться фамиліей матери, принадлежащей ей по рожденію (ст. 132³).

Что же касается отца внѣбрачнаго ребенка, то онъ можетъ имѣть право надзора за содержаніемъ и воспитаніемъ ре-

бенка въ томъ лишь случаѣ, когда доставляетъ средства на его содержаніе (ст. 132¹⁰). Впрочемъ, отецъ внѣбрачнаго ребенка обязанъ, сообразно своимъ имущественнымъ средствамъ и общественному положенію ребенка, нести издержки на содержаніе ребенка, нуждающагося въ томъ, до его совершеннолѣтія (ст. 132⁴). Любопытно, однако, что, обязывая отца и мать доставлять содержаніе внѣбрачному ребенку, нашъ законъ предоставляетъ родителямъ право прекратить выдачу содержанія до совершеннолѣтія ребенка, какъ только дѣти будутъ въ состояніи сами содержать себя (ст. 132⁵). Ср. I 5 а.

2. Общія права родительской власти надъ дѣтьми, рожденными отъ недѣйствительныхъ браковъ, будутъ тѣ же самыя, что права въ отношеніи дѣтей законныхъ (ст. 131¹).

Въ частности, слѣдуетъ сказать, что родитель имѣетъ право свиданія съ дѣтьми, находящимися у другого родителя (ст. 131⁴).

3. Тѣ же общія права родительской власти существуютъ и въ отношеніи дѣтей: усыновленныхъ (ст. 156¹) и узаконенныхъ (п. 4 ст. 144¹).

Въ частности, слѣдуетъ замѣтить, однако, что усыновленіе не даетъ усыновленному права на пенсію и единовременное пособіе на службу усыновителя (ст. 156²).

§ 70. Распредѣленіе родительской власти.

I. Распредѣленіе родительской власти въ отношеніи дѣтей брачныхъ.

1. Самый важный пунктъ въ ученіи о родительской власти составляетъ вопросъ о ея распредѣленіи между родителями.

Этотъ вопросъ сводится къ слѣдующему: осуществляютъ ли оба родителя совмѣстно власть надъ дѣтьми, или же при жизни обоихъ родителей преимущественная власть принадлежитъ отцу. Наши гражданскіе законы въ цѣломъ рядѣ статей (164, 165, 172—174) не дѣлаютъ въ этомъ отношеніи различія между родителями и этимъ самымъ признаютъ молчаливо, что

конституція русской семьи покоится на равноправіи родителей. Однако, сенатъ, въ извѣстномъ рѣшеніи за 1890 годъ, № 18, въ своемъ толкованіи ст. 107 по вопросу о воспитаніи дѣтей, признаетъ преимущественное право за отцомъ при совмѣстной жизни супруговъ. Это преимущественное право отца сенатъ обосновываетъ слѣдующими соображеніями. 1) Отецъ, какъ мужъ, есть глава семейства, въ составъ котораго входитъ и жена. Слѣдовательно оча, какъ подвластная, не можетъ одновременно съ мужемъ стоять во главѣ того же семейства. 2) Далѣе, по мнѣнію сената, одна и та же власть въ одно и то же время, въ одинаковой степени и въ одно и то же время двумъ лицамъ принадлежать не можетъ,—одно изъ нихъ должно имѣть предпочтеніе, а т. к. мужу отдается предпочтеніе по отношенію къ женѣ, то мужъ долженъ имѣть предпочтеніе и какъ отецъ. Однако, оба приведенныя соображенія сената вызываютъ сомнѣнія и въ особенности послѣднее. Извѣстно, что одна и та же власть, въ одно и то же время и въ одинаковой степени можетъ принадлежать не только двумъ лицамъ, но и многимъ, напр., соопекунамъ. Далѣе, и главенство мужа не означаетъ еще непремѣнно главенства его, какъ отца, ибо супружеская власть отлична отъ власти родительской. Болѣе того—главенство мужа въ семьѣ ни въ чемъ, напр., не выражается въ отношеніи имущества жены; наоборотъ, жена можетъ быть кредиторомъ мужа. Слѣдовательно, и мать можетъ быть равноправной съ отцомъ, если законъ не предоставляетъ отцу преимущества передъ матерью. Впрочемъ, сенатъ въ томъ же самомъ рѣшеніи дѣлаетъ отступленіе отъ тѣхъ выводовъ, къ которымъ онъ пришелъ. Если жена, какъ подвластная, обязана мужу неограниченнымъ послушаніемъ, согласно ст. 107, то такимъ же послушаніемъ она должна быть обязана и какъ мать. А между тѣмъ сенатъ разъясняетъ, что „преимущественное право на воспитаніе дѣтей принадлежитъ отцу, какъ главѣ семейства, доколѣ судъ не рѣшитъ, что, въ виду особыхъ обстоятельствъ, польза дѣтей требуетъ воспитанія ихъ матерью“ (90/18). Т. обр., съ помощью суда мать можетъ оказаться непослушной отцу, какъ главѣ семейства.

2. *Что же касается вообще современнаго права, то оно уже вступило на путь признанія равноправія родителей.*

Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ вниманія вышеупомянутое калифорнское уложеніе, которое прямо постановляетъ: „Когда родители другъ противъ друга требуютъ предоставленія себѣ присмотра за дѣтями или опекуна, то ни одинъ изъ родителей не имѣетъ на то преимущественнаго права“... (п. 2 ст. 206). Точно такъ же нью-іоркскій законъ 1896 года считаетъ родителей совокупными опекунами дѣтей. Напротивъ, передовыя з.-европейскія законодательства стоятъ еще на точкѣ зрѣнія признанія за отцомъ преимущественной власти, хотя и подъ контролемъ опекунскихъ учрежденій (германское и швейцарское). Проектъ, вслѣдъ за германскимъ уложеніемъ, также ограничиваетъ власть матери при жизни отца (ст. 409), но такое рѣшеніе вопроса слѣдуетъ признать новшествомъ, не основанномъ на законѣ *).

II. Распределение родительской власти въ отношеніи дѣтей вѣнбракныхъ, рожденных отъ недѣйствительныхъ браковъ, усыновленныхъ и узаконенныхъ.

1. Выше было замѣчено (§ 69 II 1), что родительская власть надъ вѣнбракными дѣтьми принадлежитъ матери, а отецъ имѣетъ лишь право надзора за содержаніемъ и воспитаніемъ ребенка.

Отдавая вообще преимущество матери передъ отцомъ, законъ не признаетъ, однако, этого преимущества за ней при ея разногласіяхъ съ отцомъ по вопросамъ о содержаніи и воспитаніи ребенка. Эти разногласія родителей разрѣшаются подлежащимъ опекунскимъ установленіемъ (ст. 132¹⁰). Ср. 1, стр. 342).

2. *Распределение родительской власти въ отношеніи дѣтей, рожденных отъ недѣйствительныхъ браковъ, зависитъ отъ соглашенія родителей (п. 1 ст. 131²).*

Однако, въ случаѣ отсутствія соглашенія родителей, право родительской власти предоставляется тому изъ супруговъ, который вступилъ въ бракъ добросовѣстно, развѣ только опекунское установленіе для блага дѣтей не найдетъ цѣлесообразнымъ

*) Боровиковскій, Конституція семьи по Проекту гражд.у. (Ж. М. Ю., 1902, кн. 2).

поступить иначе (пп. 2 и 3 ст. 131²). Лишь по смерти родителя, у котораго были оставлены дѣти, а также въ случаяхъ лишенія его родительской власти или невозможности осуществленія имъ этой власти, находившіяся при немъ дѣти поступаютъ подъ власть другого родителя. Впрочемъ, и во всѣхъ этихъ случаяхъ подлежащее опекунское установленіе не лишено права ради блага дѣтей назначить особаго надъ ними опекуна (ст. 131⁶).

3. Родительская власть въ отношеніи дѣтей усыновленныхъ принадлежитъ усыновителю (ст. 156¹), а въ отношеніи узаконенныхъ дѣтей—ихъ родителямъ, вступившимъ въ бракъ (п. 4 ст. 144¹).

Оцѣнивая нормы русскаго права о распредѣленіи родительской власти въ отношеніи дѣтей брачныхъ и другихъ дѣтей, слѣдуетъ подчеркнуть прогрессивный характеръ нашего новаго законодательства. На первый планъ выдвинуть въ немъ принципъ блага дѣтей, а не принципъ родительской власти.—Впрочемъ, нельзя не указать на нѣкоторые недостатки закона 1902 года, коимъ было улучшено положеніе внѣбрачныхъ дѣтей. 1) Прежде всего, недостатокъ состоитъ въ томъ, что даннымъ закономъ не вводится у насъ института признанія отцомъ своего внѣбрачнаго ребенка. Этимъ болѣе простымъ способомъ, чѣмъ усыновленіе, была бы въ значительной мѣрѣ облегчена участь внѣбрачныхъ дѣтей. Институтъ признанія извѣстенъ, однако, нашему законодательству въ отношеніи дѣтей, рожденныхъ въ бракѣ съ нарушеніемъ періода зачатія (стр. 333). Что же касается розыска родителей, то этотъ институтъ, хотя и извѣстенъ нашему законодательству, однако въ отношеніи отца имѣетъ значеніе постольку, поскольку ребенокъ въ правѣ требовать отъ розыска отца содержанія (ст. 132⁴). Нельзя, однако, не отмѣтить и въ этомъ случаѣ чисто личнаго характера обязанности отца содержать внѣбрачнаго ребенка. Она не можетъ быть переносима, поэтому, на наследниковъ (04/70, иначе общегер. ул. ст. 1712). 2) Нельзя также не обратить вниманія и на другой недостатокъ: право ребенка на содержаніе отъ внѣбрачнаго отца не вполне обезпечено. Слѣдовало бы предоставить постороннимъ лицамъ или, по крайней мѣрѣ, родствен-

никамъ, давшимъ средства на содержаніе ребенка, право иска къ внѣбрачному отцу. Наконецъ, слѣдовало бы распространить законъ 1891 г. объ узаконеніи дѣтей на населеніе нехристіанскаго вѣроисповѣданія.

§ 71. Прекращеніе родительской власти.

1. *Въ согласіи съ принципомъ автономной родительской власти въ русскомъ законодательствѣ, родители не могутъ быть лишены своей власти, если бы даже злоупотребили ею.*

Въ нашихъ законахъ прямо говорится: „Личная родительская власть прекращается единственно смертію естественною или лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, когда въ послѣднемъ случаѣ дѣти не послѣдуютъ въ ссылку за своими родителями“ (ст. 178). Этотъ принципъ родительской власти терпитъ, однако, существенныя отступленія въ отношеніи дѣтей внѣбрачныхъ и рожденныхъ отъ недѣйствительныхъ браковъ (§ 70 II 1, 2).

2. *Несмотря, однако, на автономность родительской власти, наши законы молчатъ о правѣ родителей прекратить свою власть путемъ отреченія.*

Такое отреченіе въ нѣкоторыхъ случаяхъ возможно лишь въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 167, см. выше). Въ русскомъ законодательствѣ не только невозможно отреченіе, но, согласно сенатскому разъясненію, не дозволена и уступка родителями своей власти по договору постороннимъ лицамъ безъ права досрочнаго прекращенія такого договора (97/81).

3. *Родительская власть можетъ, однако, ограничиваться.*

Такъ, родительская власть не прекращается, а ограничивается поступленіемъ дѣтей въ общественныя училища, опредѣленіемъ дѣтей на службу, вступленіемъ дочерей въ замужество (ст. 179). Поэтому родительская власть не прекращается и съ наступленіемъ совершеннолѣтія дѣтей. Т. обр., въ снособахъ прекращенія родительской власти съ особенной наглядностью под-

черкивается рѣзко выраженный характер родительской власти въ русскомъ законодательствѣ. Этотъ характеръ пытается смягчить Проектъ, признавая въ числѣ способовъ прекращенія родительской власти, лишеніе родителей власти въ случаѣ злоупотребленія ею (ст. 426 п. 2).

Глава IV. Опекунская власть (опекунское право).

§ 72. Возникновеніе опекунской власти.

1. *Опекунская власть возникаетъ путемъ назначенія опекуновъ правительственной властью (принципъ назначенія, или датиивности).*

Этотъ принципъ назначенія признается и нашимъ правомъ. Никто не можетъ быть опекуномъ, не будучи назначенъ опекунскимъ установленіемъ или Высочайшею властью (ст. 261). Правда, въ т. X ч. 1 говорится о трехъ видахъ опекуновъ: законныхъ, или родителей (ст. 226, 229 и 230), назначенныхъ въ духовномъ завѣщаніи родителями (стт. 227, 228) и назначенныхъ правительственной властью (ст. 231). Однако, 1) по разъясненіямъ сената, преимущественное право родителя быть законнымъ опекуномъ не стѣсняетъ опекунскія учрежденія въ правѣ назначить опекуномъ малолѣтняго, кромѣ его родителя, еще другое лицо, если это будетъ признано необходимымъ въ интересахъ малолѣтняго (73/1239). Болѣе того, опекунское учрежденіе въ правѣ даже отказать въ назначеніи отца и матери опекуномъ, если они не соотвѣтствуютъ указаннымъ въ ст. 256 требованіямъ (73/1239). Слѣдовательно, родители, какъ законные опекуны надъ имуществомъ своихъ дѣтей, нуждаются въ опекунскомъ указѣ (ср. ст. 294). Объ исключеніи изъ даннаго правила было упомянуто выше (§ 69, I 6). 2) То же самое слѣдуетъ сказать и относительно опекуновъ по завѣщанію: они нуждаются также въ назначеніи ихъ опекунами правительственной властью. 3) Слѣдовательно, на основаніи изложеннаго можно притти къ заключенію, что хотя существуютъ различныя

основанія призванія къ опеку (законъ, завѣщаніе, назначеніе), однако въ сущности имѣетъ мѣсто лишь одно основаніе—назначеніе правительственной властью. Это заключеніе подтверждается и ст. 256 т. X ч. 1: „Выборъ въ опекуны“ составляетъ не только право, но и обязанность опекунскихъ учрежденій. Притомъ для лучшаго исполненія этой обязанности опекунскимъ установленіямъ предоставленъ широкій просторъ, т. к. ст. 256 даетъ лишь примѣрное перечисленіе лицъ, не могущихъ быть опекунами (73/1239, 85/106, 95/50), и не исключается примѣненіе ея къ родителямъ (ст. 229, 87/37).

2. Что касается круга лицъ, кои могутъ быть назначены опекунами, то въ этомъ отношеніи наше право предоставляетъ большую свободу опекунскимъ установленіямъ.

Хотя оно и обязываетъ отдавать предпочтеніе законнымъ опекунамъ, но подъ послѣдними въ русскомъ правѣ разумѣются лишь пережившій родитель (ст. 231) или только отецъ, когда имущество дошло въ собственность малолѣтнимъ дѣтямъ при жизни ихъ родителей (ст. 226). Слѣдовательно, остальные родственники и свойственники не имѣютъ преимущественнаго права передъ лицами посторонними (ст. 254, иначе въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской—ст. 232). Выборъ опекуна зависитъ, т. обр., отъ опекунскихъ установленій. Имъ, однако, прямо запрещается опредѣлять опекунами: 1) расточившихъ собственное и родительское имѣнія, 2) имѣющихъ явные и гласные пороки или же лишенныхъ по суду всѣхъ правъ состоянія, или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, какъ лично, такъ и по состоянію имъ присвоенныхъ, или же нѣкоторыхъ по ст. 50 Уложенія о наказаніяхъ личныхъ правъ и преимуществъ; 3) извѣстныхъ суровыми своими поступками; 4) имѣвшихъ ссору съ родителями малолѣтняго; 5) несостоятельныхъ (ст. 256). Кромѣ того, въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской не могутъ быть назначены опекунами иностранцы и лица, не имѣющія собственнаго имущества, достаточнаго къ обезпеченію опеки (ст. 258, ср. ст. 232). Указывая причины, въ силу коихъ опредѣленные лица не могутъ быть назначены опекунами, нашъ законъ не говоритъ, однако, о причинахъ, освобождающихъ лицъ отъ приня-

тія опеки, какъ, напр., вслѣдствіе преклоннаго возраста, много-семейности, завѣдыванія нѣсколькими опеками, принадлежности къ полу, болѣзни и т. д. (иначе Проектъ, ст. 533 и 532). Это объясняется тѣмъ, что у насъ не установлена обязательность принятія опеки. Поэтому опекунское установленіе, при большой свободѣ назначенія опекуновъ, м. б. поставлено въ тяжелое положеніе, т. к. всякій можетъ отказаться отъ опеки, не подвергаясь штрафу за безпричинный отказъ (иначе Проектъ, ст. 541).

3. Что же касается, далее, организациі опекунскихъ установленій, то въ основу ея положенъ принципъ сословности.

Такъ, 1) попеченіе о дворянскихъ сиротахъ возлагается на дворянскую опеку (ст. 233, ср. ст. 234, 235), 2)—о дѣтяхъ личныхъ дворянъ, городскихъ обывателей—на сиротскій судъ (стт. 234, 238 и 238¹); 3)—о дѣтяхъ духовныхъ особъ—на духовное начальство (стт. 236, 245 и 252); 4)—о дѣтяхъ сельскихъ обывателей—на сельскій сходъ (ст. 241). Несомнѣнно, что сословный характеръ организациі опеки составляетъ ея слабую сторону, т. к. при такой организациі нѣтъ единства и плано-мѣрности во всей постановкѣ опеки. Преобразовывая, однако, опекунскія установленія въ направлеціи единства и цѣльности всей системы опекунскихъ установленій, слѣдуетъ стремиться къ тому, чтобы все дѣло опеки находилось въ рукахъ правительственной власти, а не семейныхъ учрежденій, напр., семейныхъ совѣтовъ, какъ то имѣетъ мѣсто во Франціи. Дѣло въ томъ, что хотя опека въ видѣ семейныхъ совѣтовъ изъ родственниковъ и дешевле стоитъ отдѣльныхъ правительственныхъ учрежденій, однако все же слѣдуетъ желать созданія правительственной опеки. Во-первыхъ, потому, что при тѣсной организациі современной, малой семьи трудно надлежащимъ образомъ организовать семейные совѣты изъ родственниковъ. Во-вторыхъ, потому что при такой семейной организациі опеки будетъ недоставать единства во всемъ дѣлѣ и надлежащаго правительственнаго контроля. Вотъ почему правильнѣе, чѣмъ французское законодательство, поступаетъ германское право, разрѣшая установленіе семейныхъ совѣтовъ лишь по усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ и при-

зная общимъ принципомъ правительственную опеку (общег. ул. ст. 1858 и сл., также Проектъ, ст. 622). Вообще же слѣдуетъ замѣтить, что опека принадлежитъ къ числу такихъ институтовъ въ русскомъ правѣ, которые нуждаются въ скорой и самой серьезной переработкѣ. Тѣмъ болѣе, что нѣтъ недостатка у насъ въ проектахъ опеки. Такъ, можно указать въ пореформенное время на проекты 74, 84, 91 гг. и на нынѣшній Проектъ гр. ул.

4. *Наконецъ, самое назначеніе опекунскими установленіями опекуновъ производится слѣдующимъ образомъ:*

1. Дворянская опека и сиротскій судъ вступаютъ въ вѣдѣніе и управление сиротскихъ дѣлъ по увѣдомленію дворянскаго предводителя или городского головы, ближайшихъ родственниковъ либо свойственниковъ малолѣтняго, по свидѣтельству двухъ постороннихъ лицъ и приходского священника, и по увѣдомленію высшаго или равнаго ему присутствіа мѣста (ст. 250). Однако, надо думать, что и каждый гражданинъ въ правѣ увѣдомить опекунскія установленія о необходимости въ томъ или другомъ случаѣ назначенія опеки (такое право за гражданиномъ прямо признано французскимъ законодательствомъ: стт. 405 и 406). Такое увѣдомленіе нуждается, конечно, въ провѣркѣ, ибо оно не составляетъ требуемаго закономъ „свидѣтельства“ двухъ лицъ.

2. Увѣдомленіе можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда открылась опека. Открытіе опеки не предполагаетъ непременно сиротства, т. е. лишенія одного родителя (неполное сиротство) или обоихъ родителей (полное сиротство) (стт. 226 и 229). При этомъ, опека открывается независимо отъ того, числится ли или не числится за малолѣтнимъ какое-либо имущество (ст. 251, прим.).

3. По увѣдомленіи объ открывшейся опекѣ опекунскія установленія обязаны: 1) освѣдомиться объ имѣніи малолѣтняго, 2) опредѣлить къ лицу его и имѣнію опекуна, въ завѣщаніи родителя назначеннаго, или, если этого не сдѣлано, то избрать самимъ опекуна, или 3) когда имѣнія не осталось, то стараться помѣстить малолѣтняго въ училище, сиротскій домъ или на государственную службу, или пристроить къ добротнымъ людямъ для обученія промыслу или ремеслу (ст. 251). При этомъ,

назначая опекуновъ, опекунскія установленія не стѣснены въ правѣ назначить нѣсколько опекуновъ къ одному и тому же лицу (ст. 253). Всѣ эти опекуны въ совокупности представляютъ собою личность опекаемаго (77/17, противъ 77/851), если только обязанности такихъ соопекуновъ не распредѣлены для каждаго изъ нихъ въ отдѣльности (82/9 и 86/54). Несогласіе между опекунами разрѣшается не судомъ, а опекунскимъ учрежденіемъ.

§ 73. Объемъ опекунской власти.

И. Опекунская власть въ отношеніи личности опекаемаго.

1. *Опекунская власть не составляетъ нынѣ частнаго (гражданскаго) права опекуна надъ личностью и имуществомъ подопечнаго, а разсматривается какъ общественная повинность.*

Въ этомъ отношеніи изложеніе опеки могло бы съ большимъ успѣхомъ найти себѣ мѣсто въ публичномъ правѣ, чѣмъ въ гражданскомъ. Опека, какъ общественная повинность, характеризуется, поэтому, обязательностью принятія ея каждымъ гражданиномъ, развѣ бы только самъ законъ по уважительнымъ причинамъ давалъ бы ему льготы, освобождая отъ несенія данной повинности (иначе у насъ, ср. § 72, 2). Опеку можно было бы, поэтому, сравнить съ обязанностью быть присяжнымъ засѣдателемъ или обязанностью отбывать воинскую повинность. Совершенно понятно, что при такомъ характерѣ современной опеки цѣлая пропасть раздѣляетъ современную опеку отъ древней. Организациа послѣдней покоилась на правѣ ближайшихъ наслѣдниковъ подопечнаго охранять не столько личность, сколько имущество опекаемаго для себя на тотъ случай, если бы опекаемый умеръ. Напротивъ, въ современномъ правѣ центръ тяжести опеки равномерно распредѣляется и на охрану личности, и на охрану имущества подопечнаго, въ интересахъ послѣдняго, а не опекуновъ.

2. *Опекуну такъ же, какъ и родителямъ, принадлежитъ право попеченія о лицѣ малолѣтняго.*

Но это право опекуна въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ соответствующее право родителей, представляется о б я з а н н о с т ь ю

и притомъ въполнѣ опредѣленной. Хотя въ законѣ говорится, что опекунъ долженъ приготовить малолѣтняго къ жизни, „сообразной его состоянію, но всегда трудолюбивой, умѣренной и безмятежной“, — однако опекунъ обязанъ (иначе Проектъ: „въ правѣ“ ст. 547 п. 2) отдать опекаемаго въ общественное училище или избрать для него учителей, имѣющихъ въ своихъ познаніяхъ и поведеніи опредѣленное закономъ свидѣтельство (ст. 263). Т. обр., получается нѣсколько странное явленіе: ребенокъ, которому родители почему-либо не давали образованія, выигрываетъ въ этомъ отношеніи со смертью родителей. Обязанность опекуна отдать малолѣтняго въ училище признана также въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 264).

3. Опекуну такъ же, какъ и родителямъ, предоставляется право отыскивать въ обидѣ, малолѣтнему нанесенной (ст. 265).

II. Опекунская власть въ отношеніи имущества опекаемаго.

1. Опекунъ имѣетъ право а) управлять имуществомъ малолѣтняго и б) представлять его въ гражданскомъ оборотѣ.

а. Управляя имуществомъ малолѣтняго, опекунъ въ правѣ и обязанъ: 1) принять движимое и недвижимое имѣніе по описи (ст. 266) и розыскивать имущество (ст. 267). 2) Движимое имущество хранить отъ поврежденія и утраты, деньги же отдавать или въ частныя руки подъ проценты, подъ вѣрныя залоги или заклады, или подъ векселя, или употреблять на торги, промыслы и т. п... или обращать въ государственныя процентныя бумаги, а также въ облигаціи или долговыя обязательства акціонерныхъ обществъ (ст. 268). Несомнѣнно, что такой широкій объемъ власти опекуна стоитъ въ противорѣчіи съ цѣлью ст. 268—сохранить въ цѣлости движимое имущество малолѣтняго. 3) Недвижимое имѣніе малолѣтняго опекунъ не только долженъ поддерживать, но по возможности и улучшать (стт. 269 и 270), и вообще опекунъ долженъ вести себя такъ же, какъ вель бы себя добрый хозяинъ (ср. ст. 273).

б. Представляя малолѣтняго въ гражданскомъ оборотѣ, опекунъ въ правѣ 1) взыскивать долги подопечнаго и уплачивать по нимъ, принимая во вниманіе напередъ долги, не терпящіе отлагательства (стт. 274 и 275), и 2) вообще представлять малолѣтняго въ процессѣ (ст. 282). Что же касается 3) продажи недвижимости малолѣтняго и займа подъ залогъ недвижимости, то оба эти акта могутъ быть опекуномъ совершены не иначе, какъ съ разрѣшенія Правительствующаго Сената (п. 3 ст. 277 и ст. 280). 4) Продажа движимыхъ вещей—жизненныхъ припасовъ и вещей, скорому тлѣнію и другимъ тратамъ подверженныхъ, предоставляется опекунамъ безъ всякаго разрѣшенія (п. 1 ст. 227, ср. п. 2 той же ст.). Нельзя не отмѣтить бросающагося въ глаза несоотвѣтствія въ правахъ опекуна по распоряженію капиталами (ст. 268) по сравненію съ его ограниченнымъ правомъ на продажу движимыхъ вещей. Нельзя также не подчеркнуть столь широкаго права опекуна, какъ принятіе открывшагося наслѣдства или отказъ отъ него (ст. 1257).

2. Въ частности, согласно новому закону, утв. 15 марта 1911 г., право опекуна на отдачу въ наемъ и содержаніе имущества подопечныхъ нынѣ болѣе точно опредѣляется.

Именно, „срокъ на отдачу въ наемъ и содержаніе недвижимыхъ имуществъ, надъ которыми учреждена опека, ограничивается: въ отношеніи имущества малолѣтнихъ—достиженіемъ ими семнадцатилѣтняго возраста, а въ отношеніи прочихъ имуществъ,—временемъ (не свыше двѣнадцати лѣтъ или наступленіемъ опредѣленныхъ въ законѣ сроковъ, для признанія имущества выморочнымъ (ст. 1162 Зак. Гражд.) и для утраты безвѣстно отсутствующимъ права на возвращеніе ему имущества (ст. 1244 Зак. Гражд. и ст. 1459 Уст. Гражд. Суд.). Договоры объ отдачѣ въ наемъ и содержаніе означенныхъ недвижимыхъ имуществъ на болѣе продолжительные сроки могутъ быть заключаемы не иначе, какъ съ разрѣшенія Правительствующаго Сената въ порядкѣ, установленномъ въ пунктѣ 3 ст. 277. Договоры, заключенные безъ соблюденія сего порядка, признаются необязательными: въ отношеніи имущества малолѣтнихъ по достиженіи ими семнадцати лѣтъ, а въ отношеніи прочихъ

имущество — по истеченіи двѣнадцати лѣтъ, считая съ начала найма, или по наступленіи указанныхъ выше, въ законѣ опредѣленныхъ, сроковъ“.

3. *Опекуны имѣютъ право за труды свои получить изъ доходовъ малолѣтняго въ вѣкъ 5⁰/₀ ежегодно (ст. 284).*

Вознагражденіе это исчисляется съ чистаго, а не валового дохода (80/45 и О. С. 88/10). Рѣшеніе вопроса о томъ, составляетъ ли данная прибыль доходъ или нѣтъ, относится къ существу дѣла и не подлежитъ повѣркѣ кассационнымъ порядкомъ (79/177).—Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской право опекуна на вознагражденіе опредѣлено въ 10⁰/₀ (ст. 285); этого вознагражденія не получаетъ, однако, отецъ. Вмѣсто того, онъ не обязанъ возвращать доходовъ, вырученныхъ съ имѣнія подопечнаго (п. 3 ст. 295).

§ 74. Ответственность опекуновъ и прекращеніе опекунской власти.

I. Ответственность опекуновъ.

1. *Опекуны подчинены опекунскимъ установленіямъ и отвѣчаютъ передъ ними въ порядкѣ надзора (ст. 286).*

Надзоръ этотъ, въ видѣ разсмотрѣнія ежегодныхъ отчетовъ опекуновъ, чрезвычайно слабъ. 1) Русскій законъ не знаетъ отчетовъ несрочныхъ, и 2) нѣтъ повѣрки ежегодныхъ отчетовъ въ натурѣ (бумажный контроль, ст. 287). Поэтому въ рѣдкихъ случаяхъ опекунскія установленія могутъ во время замѣтить нерадѣніе или умыселъ опекуновъ и, устранивъ опекуна, предупредить гибель и разореніе имущества малолѣтняго.

2. *Опекуны отвѣчаютъ также въ порядкѣ судебномъ за тѣ потери, которыя произошли для малолѣтняго отъ ихъ нерадѣнія или умысла (стт. 290 и 291).*

Однако, такая гарантія интересовъ подопечнаго недостаточна. 1) Отъ опекуновъ не требуется представленія обезпеченія на случай могущаго произойти убытка (иначе въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской—ст. 258); 2) капиталы, отданные опекуномъ изъ прибыли лицу, сдѣлавшемуся впоследствии несо-

стоятельнымъ, поступаетъ въ конкурсную массу (ст. 291). Лишь по исключенію, капиталы возвращаются въ томъ случаѣ, когда опекунъ, употребивъ ихъ на свои дѣла, сдѣлается несостоятельнымъ.

II. Прекращеніе опекунской власти.

1. *Опекунская власть прекращается съ наступленіемъ совершеннолѣтія опекаемаго.*

Съ достиженіемъ же 17-лѣтняго возраста малолѣтній вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ (см. § 5, стр. 19). Въ русскомъ правѣ нѣтъ института признанія подопечнаго совершеннолѣтнимъ ранѣе достиженія имъ совершеннолѣтія.

2. *Опекунская власть можетъ прекращаться и въ лицѣ отдѣльныхъ опекуновъ.*

Такъ, въ случаѣ обнаруженія неправильности въ выборѣ опекуна (ст. 256) и вообще въ случаѣ обнаруженія опекуномъ недостаточной заботливости о дѣлахъ опекаемаго, онъ можетъ быть устраненъ отъ опеки (ст. 256, доказательство отъ противнаго). Устраненіе отъ опеки возможно также и въ отношеніи опекуновъ-родителей (73/1239).

§ 75. Виды опеки (попечительство).

1. *Среди видовъ опеки слѣдуетъ различать опеку надъ малолѣтними, а) безумными и сумасшедшими, б) глухонемыми и нѣмыми, в) расточителями и г) безвѣстноотсутствующими.*

а. Объ опекѣ надъ малолѣтними см. §§ 72—74.—Что касается опеки надъ безумными (не имѣющими здраваго разсудка съ самаго ихъ младенчества) и сумасшедшими (безумными впослѣдствіи отъ случайныхъ причинъ), то опека надъ такими лицами возникаетъ путемъ освидѣтельствованія ихъ черезъ врачебное отдѣленіе губернскаго правленія (ст. 368, ср. ст. 372). Освидѣтельствованіе заключается въ строгомъ разсмотрѣніи отвѣтовъ на предлагаемые вопросы (ст. 373), причемъ опредѣленіе губернскаго правленія о назначеніи опеки въ отношеніи крестьянъ приводится въ исполненіе немедленно, а въ отношеніи лицъ другихъ сословій по разсмотрѣніи опредѣленія

Правительствующимъ Сенатомъ (ст. 374).—Сами безумные или сумасшедшіе поручаются надзору ближайшихъ родственниковъ или отдаются въ устроенные для умалишенныхъ дома (ст. 375), а ихъ имущество отдается въ управленіе наследниковъ съ запрещеніемъ продавать или закладывать его (ст. 376), безъ разрѣшенія сената (03/30). Нельзя здѣсь не подчеркнуть гражданскаго характера права наследниковъ на опеку, хотя къ нимъ и примѣняются правила объ опекахъ малолѣтнихъ и они не лишаются вознагражденія за свой трудъ (ст. 377 и прим. къ ней). Прекращается опека надъ безумными и душевнобольными также путемъ освидѣтельствованія (ст. 380).

б. Опека надъ глухонѣмыми и нѣмыми съ достиженіемъ ими 21 года не прекращается, необходимо освидѣтельствованіе ихъ. Въ случаѣ, если по освидѣтельствованіи будетъ найдено опаснымъ признать за ними дѣеспособность совершеннолѣтнихъ лицъ, Правительствующій Сенатъ, по представленію лицъ, производившихъ освидѣтельствованіе, предписываетъ „учредить опеку“ (попечительство, ст. 381). Къ учрежденію попечительствъ и опеки надъ глухонѣмыми и нѣмыми примѣняются тѣ же самыя правила, которыя постановлены для опеки надъ малолѣтними и попечительствъ надъ несовершеннолѣтними (ст. 381).

в. Объ опекахъ надъ расточителями см. § 5, стр. 20.—Въ частности, опека по расточительности надъ крестьянами учреждается на общемъ основаніи, а не по приговору сельскаго схода (О. С. 87/28).—Опека обязана публиковать въ Сенатскихъ Вѣдомостяхъ объ учрежденіи опеки, но недѣеспособность расточителя возникаетъ съ момента опредѣленія о признаніи его расточителемъ, а не приведенія этого опредѣленія въ исполненіе (95/58).—Учреждаемая надъ расточителемъ опека есть полное представительство опекаемаго лица въ имущественныхъ его отношеніяхъ такъ же, какъ и въ опекахъ надъ малолѣтними (98/104).—Затрудненіе представляетъ вопросъ о прекращеніи опеки по расточительности.

г. Опека надъ имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго есть право наследниковъ такъ же, какъ и въ опекахъ надъ безумными и сумасшедшими. Опекуны имѣютъ тѣ же права, и сключая

право принимать или не принимать открывшееся наследство (87/32 ср. ст. 1257).—Объ опеки надъ наследственнымъ имуществомъ см. 1066¹⁴.

2. Въ нашемъ законодательствѣ не проводится строгого различія между опекой и попечительствомъ.

Въ отношеніи возрастной опеки законы различаютъ, однако, 1) опеку надъ малолѣтними до 14 лѣтъ, 2) попечительство съ правами опеки до 17 лѣтъ и 3) попечительство съ достиженіемъ 17 лѣтъ до 21 года.

Часть V.

Наслѣдственное право.

Глава I. Понятіе о наслѣдственномъ правѣ.

§ 76. Построеніе (конструкція) наслѣдственного права.

1. *Въ сравненіи съ правомъ вещнымъ, обязательственнымъ и семейнымъ, наслѣдственное право можетъ быть меньше всего названо властью (правомочіемъ) лица.*

Дѣло въ томъ, что наслѣдственному праву не достаетъ, въ сущности, ни особаго объекта, на который оно могло бы быть направлено, ни присущей ему, какъ наслѣдственному праву, особой власти. Ибо то, что составляетъ его объектъ, есть только совокупность правъ и обязательствъ, принадлежавшихъ наслѣдодателю, а то, что составляетъ его власть—право наслѣдованія, есть, въ сущности, призваніе лица къ наслѣдованію (гл. II и III). Къ тому же въ нашемъ законодательствѣ, лицо не можетъ распорядиться этимъ призваніемъ иначе, какъ отрекшись отъ него (§ 88. 3) или осуществивъ его, пріобрѣтя наслѣдство (§ 88. 5).

2. *Но, хотя наслѣдственное право есть меньше всего власть, правомочіе (право въ субъективномъ смыслѣ), однако несмотря на это, оно существуетъ, какъ наслѣдственное право въ объективномъ смыслѣ.*

Подъ этимъ правомъ слѣдуетъ разумѣть совокупность нормъ, опредѣляющихъ порядокъ перехода вещныхъ правъ и обязательствъ (правъ требованія и обязательствъ), однимъ актомъ, преимущественно отъ лицъ умершихъ къ другимъ лицамъ, существующимъ или имѣющимъ возникнуть (физическимъ и юридическимъ). Въ этомъ отношеніи наше законодательство прямо разсматриваетъ наслѣдованіе въ числѣ способовъ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности (кн. III).

§ 77. Основные тенденціи въ развитіи современнаго наслѣдственнаго права.

1. *Наслѣдственное право стремится нынѣ имѣть свои предѣлы (предѣлы наслѣдованія).*

Подъ предѣлами наслѣдованія разумѣютъ ограниченіе круга родственниковъ, призываемыхъ къ наслѣдованію. Такое ограниченіе извѣстно французскому законодательству (не далѣе 12-й степени) и въ особенности швейцарскому. Последнее право ограничиваетъ наслѣдованіе родственниковъ третьей очередью (дѣдами, бабками и ихъ потомками; ср. § 82. 2), а прадѣдамъ, прабабушкамъ, двоюроднымъ дѣдамъ и бабкамъ предоставляетъ пожизненное право пользованія (швейц. ул., ст. 460). Проектъ ограничиваетъ наслѣдованіе 5-ю очередью (ст. 1357). Напротивъ, германское право, а также русское не знаютъ предѣловъ наслѣдованія. Т. обр., въ современномъ законодательствѣ вопросъ о предѣлахъ наслѣдованія не получилъ еще общепризнаннаго рѣшенія. Въ сущности, рѣшеніе вопроса здѣсь сводится къ слѣдующему: должны ли быть предпочтены интересы общества интересамъ отдаленныхъ родственниковъ? Нерѣдко ведутся процессы изъ-за наслѣдства столь дальними родственниками, что наслѣдство попадаетъ въ случайныя руки и при томъ въ значительной мѣрѣ таеетъ въ рукахъ всевозможныхъ ходатаевъ по наслѣдственнымъ дѣламъ. Въ свою очередь дальніе родственники, о которыхъ, б. м., наслѣдодатель никогда не слыхалъ, какъ и они не слыхали о наслѣдодателѣ, могутъ лишь радоваться столь неожиданно свалившемуся на нихъ наслѣдству („веселые наслѣдники“). При такомъ положеніи дѣла естественнѣе предпола-

гать, что наследодатель скорѣе пожелалъ бы, чтобъ его имущество пошло на удовлетвореніе общественныхъ нуждъ, чѣмъ на то, чтобы оно попало въ руки „веселыхъ наследниковъ“. Въ виду сказаннаго, тенденція современнаго гражданскаго права установить предѣлы наследованія вполне заслуживаетъ серьезнаго вниманія. Данный вопросъ не слѣдуетъ, конечно, смѣшивать съ вопросомъ о томъ, какъ далеко слѣдуетъ отодвинуть предѣлы наследованія. Обыкновенно противъ предѣловъ наследованія выставляютъ тотъ фактъ, что въ жилахъ самаго отдаленнаго родственника течетъ кровь наследодателя, хотя бы въ самой ничтожной долѣ. Однако, указанное основаніе больше видимое. Если бы гражданское право серьезно признавало это основаніе, то оно прежде всего признало бы наследованіе вѣббрачныхъ дѣтей въ имуществѣ отца. Въ ихъ-то жилахъ, во всякомъ случаѣ, течетъ кровь отцовская.

2. Современное наследственное право стремится, однако, не только ограничить кругъ родственниковъ-наследниковъ по закону, но и ограничить также свободу воли завѣщателя.

1) Въ наследственномъ правѣ завоевываетъ нынѣ себѣ прочное мѣсто институтъ неотъемлемой, или обязательной доли ближайшихъ законныхъ наследниковъ. Эта доля нисходящихъ, родителей и супруга равняется въ германскомъ правѣ половинѣ ихъ законной доли (ст. 2303, также Проектъ—ст. 1461). Т. обр., завѣщатель не можетъ распорядиться по своему произволу цѣлой половиной своего имущества, разѣмѣются въ живыхъ вышеуказанные ближайшіе законные наследники. Интересы ближайшихъ наследниковъ обезпечиваются у насъ запрещеніемъ завѣщать родовыя имущества помимо ближайшихъ наследниковъ (болѣе подробно см. § 80 II 2).

2) Ограниченіе свободы воли завѣщателя съ особой силою обнаруживается въ отношеніи такихъ имуществъ, нераздробляемость которыхъ желательна или для поддержанія высшихъ классовъ общества или также для сохраненія здороваго и сильнаго крестьянскаго населенія. Первую цѣль должны выполнять у насъ маіоратныя, заповѣдныя и временно заповѣдныя имущества (§ 14. 2 б., стр. 70 и § 87. 4). Что же касается второй цѣли—поддержанія сильнаго крестьянскаго населенія, то въ этомъ отно-

шеніи лишь общегерманское уложеніе вводитъ особый институтъ нераздробляемости наслѣдствъ, правда, по желанію самого наслѣдодателя (стг. 2049, 2312, Протоколы, VI 332). У насъ нераздробляемость земельного участка признана самимъ закономъ въ отношеніи лишь особаго разряда малоимущихъ дворянъ (§ 87. 4).

3) Независимо отъ ограниченія круга родственниковъ и воли завѣщателя, современное наслѣдственное право стремится, наконецъ, удержать въ пользу общества довольно значительную часть наслѣдства, въ особенности когда оно переходитъ къ болѣе отдаленнымъ родственникамъ или постороннимъ лицамъ (институтъ наслѣдственныхъ пошлинъ). Максимумъ наслѣдственныхъ пошлинъ опредѣленъ нынѣ по русскому праву въ 12⁰/₀. Въ частности, въ Швейцаріи предоставлено отдѣльнымъ кантонамъ расширять права государства на наслѣдство частныхъ лицъ или непосредственно, ограничивая кругъ наслѣдниковъ, или посредственно, увеличивая пошлины на наслѣдства.

Подводя итогъ всему сказанному о тенденціяхъ въ развитіи современнаго наслѣдственного права, нельзя не подчеркнуть побѣду общаго начала (общественнаго, государственнаго интереса) надъ частнымъ началомъ (свободной волей, автономіей личности). Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что эта побѣда не должна идти слишкомъ далеко. Никогда не слѣдуетъ упускать изъ вниманія, что ограниченіе автономіи личности имѣетъ цѣлью охрану личности же человѣка. Поэтому вмѣшательство государства должно имѣть свои предѣлы въ интересахъ человѣческой личности.

§ 78. Понятіе о наслѣдствѣ; основанія призванія къ наслѣдованію.

1. *Наслѣдство есть совокупность имущественныхъ а) правъ (активъ) и б) обязательствъ (пассивъ), какъ цѣльной, единой имущественной массы.*

а. Въ составъ наслѣдства входятъ имущественныя права, а не личныя. Послѣднія, какъ тѣсно связанныя съ лицомъ наслѣдодателя, вмѣстѣ съ нимъ перестаютъ существовать въ

гражданскомъ оборотѣ. Поэтому не входятъ въ составъ наслѣдства: семейныя права (напр., право супружеской или родительской власти), вознагражденіе за обиду до окончательнаго приговора суда, право на пенсію (88/8, ср., законопроектъ о пенсіяхъ служащихъ на желѣзныхъ дорогахъ, § 59. II 1). Напротивъ, въ составъ наслѣдственной массы 1) входитъ право наслѣдованія, открывшееся для наслѣдника, но имъ еще не осуществленное (73/201, 01/44). Само собою понятно, что въ составъ наслѣдственной массы 2) войдутъ вещныя и обязательственныя права и права исковъ. Всѣ эти имущественныя права и есть активъ наслѣдственной массы, т. е. все то, что наслѣдодатель имѣлъ или могъ требовать: наличное и долговое имущество (ст. 416—419 т. X ч. 1).

б. Пассивомъ же наслѣдственной массы будутъ всѣ тѣ обязательства, исполненіе которыхъ лежало на наслѣдодателѣ. Поэтому правильно въ общемъ опредѣляется въ нашихъ законахъ наслѣдство, когда въ нихъ говорится, что наслѣдство есть совокупность имуществъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго наслѣдодателя (ст. 1104).—Итакъ, активъ и пассивъ составляютъ наслѣдство, но, для понятія наслѣдства характерно то, что оно есть цѣльная, единая масса. Поэтому, разъ эта масса состоитъ изъ актива и пассива, то не м. б. уже наслѣдованія въ одномъ активѣ или одномъ пассивѣ. Поэтому же наслѣдство пріобрѣтается однимъ актомъ—принятіемъ наслѣдства (§ 88). Но такое принятіе предполагаетъ призваніе лица къ наслѣдованію въ силу тѣхъ или другихъ основаній.

2. Основаніями призванія къ наслѣдованію являются въ нашихъ законахъ: а) односторонняя воля наслѣдодателя (завѣщаніе) и б) велѣніе гражданско-правовой нормы (законъ и обычай).

а. Воля наслѣдодателя, какъ односторонній юридическій актъ (ст. 1010), противопоставляется наслѣдственному договору. Последняго не знаетъ наше законодательство, но онъ извѣстенъ германскому праву (ст. 2274). Боязнь въ нашемъ законодательствѣ договора, какъ основанія призванія къ наслѣдованію, выражается, между прочимъ, въ томъ, что у насъ запрещены взаимныя завѣщанія и, въ частности, корреспективные (ст. 1032).

Взаимное завѣщаніе будетъ тогда, когда два лица въ одномъ завѣщаніи оставляютъ другъ другу наслѣдство. Если въ такомъ завѣщаніи отмѣна одной воли обусловлена въ то же время недействительностью другой воли, то это будетъ завѣщаніе корресектнвное. Оба указанные виды завѣщанія извѣстны германскому праву (стт. 2265 и 2270).

б. Велѣніе гражданско-правовой нормы обыкновенно есть велѣніе закона. Однако въ нашемъ правѣ, обычай, какъ основаніе призванія къ наслѣдованію, принятъ въ крестьянскомъ населеніи (обычное крестьянское наслѣдственное право, § 87. 4).

3. *Оба основанія призванія: завѣщаніе и законъ (обычай) не исключаютъ непременно другъ друга; они могутъ имѣть у насъ мѣсто и рядомъ.*

Поэтому у одного и того же наслѣдодателя могутъ остаться наслѣдники по завѣщанію и наслѣдники по закону (92/63). Такъ напр., завѣщатель распорядился относительно своего дома и умолчалъ объ имѣніи. Домъ получаютъ наслѣдники по завѣщанію, имѣніе — наслѣдники по закону. Однако, несмотря на то, что завѣщаніе и законъ (обычай) стоятъ рядомъ, въ случаѣ столкновенія этихъ двухъ основаній преимущество отдается завѣщанію. Это значитъ, что воля завѣщателя идетъ впереди закона (обычая)—постольку, разумѣется, поскольку назначена автономія личности (§ 77. 2). Поэтому, напр., если завѣщатель распорядится о родовомъ имуществѣ въ пользу постороннихъ лицъ, то данная воля завѣщателя должна уступить мѣсто закону.

Глава II. Завѣщаніе, какъ основаніе призванія къ наслѣдованію.

§ 79. Понятіе о завѣщаніи; способность лицъ къ составленію завѣщанія и наслѣдованію по завѣщанію.

I. Понятіе о завѣщаніи.

1. Совершая завѣщаніе, наслѣдодатель можетъ преслѣдовать разныя цѣли.

Такъ, 1) завѣщатель даетъ свой завѣтъ наслѣдникамъ, напр., какъ имъ жить вмѣстѣ или какъ управлять имуществомъ (пученіе). 2) Завѣщатель можетъ также раздѣлить имущество между законными наслѣдниками (ср. рядъ). 3) Завѣщатель назначаетъ наслѣдника, если не имѣетъ другихъ наслѣдниковъ, или даже несмотря на наличность послѣднихъ (назначеніе наслѣдника). 4) Завѣщатель можетъ сдѣлать, наконецъ, распоряженіе объ опекахъ, назначить выдачи и раздачи по душѣ, распорядиться насчетъ похоронъ и т. п. (назначеніе опеки, отказы и другія посмертныя распоряженія; ср. ст. 1011, прим.).

2. Спрашивается, поэтому, что же разумѣется въ русскихъ законахъ подъ завѣщаніемъ?

„Духовное завѣщаніе, говоритъ ст. 1010, „есть законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти“. Изъ этого опредѣленія видно, что духовнымъ завѣщаніемъ можетъ быть любой изъ указанныхъ выше видовъ завѣщанія, а не только назначеніе наслѣдника, т. к. ни одинъ изъ вышеуказанныхъ видовъ не противорѣчитъ „законному объявленію воли“. Однако, подъ завѣщаніемъ, какъ основаніемъ призванія къ наслѣдованію, слѣдуетъ разумѣть завѣщаніе въ смыслѣ назначенія наслѣдника или, по меньшей мѣрѣ, назначенія выдачи, отказовъ (§ 91; 02/104).

3. Въ заключеніе о понятіи завѣщанія слѣдуетъ обратить вниманіе на не лишенный интереса юридическій вопросъ о квалификаціи завѣщанія, какъ юридическаго акта

Съ одной стороны, 1) завѣщаніе есть односторонній юридическій актъ, но, съ другой, завѣщаніе требуетъ въ послѣдствіи согласія наслѣдника на принятіе наслѣдства. Въ этомъ отношеніи завѣщаніе сближается съ дареніемъ, какъ двустороннимъ юридическимъ актомъ. Т. обр., завѣщаніе какъ бы стоитъ на грани односторонняго и двусторонняго юридическаго акта. Далѣе, 2) завѣщаніе рѣзко отдѣляется отъ всѣхъ актовъ, какъ одностороннихъ, такъ и двустороннихъ, своей особой, строгой формой (§ 80).

Правовая природа завѣщанія остается, поэтому, неопредѣленной. Едва ли сколько-нибудь способствуетъ разрѣшенію даннаго вопроса разъясненіе сената о томъ, что духовное завѣщаніе есть частный законъ, исключающій дѣйствіе общихъ законовъ о порядкѣ наслѣдованія (01/105).

II. Способность лица къ составленію завѣщанія (активная завѣщательная способность).

1. *Оставлятъ наслѣдство по завѣщанію (а равно и по закону) могутъ только физическія лица.*

Поэтому не имѣютъ завѣщательной способности лица юридическія (§ 4. III 2).

2. *Но, не всякое и физическое лицо (человѣкъ) признается въ правѣ способнымъ составлять завѣщаніе. Для этого надо еще, чтобы человѣкъ а) соединялъ въ себѣ условія, необходимыя для выраженія юридически дѣйствительной воли, а также б) былъ способенъ отчуждать свое имущество.*

а. „Всѣ духовныя завѣщанія должны быть составляемы въ здравомъ умѣ и твердой памяти“ (ст. 1016).

Поэтому 1) неспособны составлять завѣщаніе тѣ лица, которые не могутъ имѣть сознательной воли въ моментъ составленія завѣщанія (78/92). Однако, старческая дряхлость и временное ослабленіе памяти вслѣдствіе болѣзни не могутъ еще сами по себѣ служить законнымъ препятствіемъ къ совершенію завѣщанія (99/101). Въ частности, 2) неспособны составлять завѣщаніе безумные, сумасшедшіе и умалишенные (п. 1 ст. 1017). При этомъ не требуется officialнаго признанія человѣка душевно больнымъ. Состояніе

умственной способности завѣщателя можетъ быть доказываемо свидѣтельскими показаніями (68/331, 71/643). О свѣтлыхъ промежуткахъ см. § 5 I 1 а, стр. 19, прим. 2. Накопецъ, 3) неспособны оставлять завѣщанія самоубійцы (п. 2 ст. 117), намѣренно лишившіе себя жизни (77/365 и др., О. С. 77/19). Необходимость намѣренія, какъ условія лишенія силы завѣщанія самоубійцы, указываетъ на идеи виновности и наказанія, какъ основанія недѣйствительности завѣщанія самоубійцы. Такого разъясненіе сената и прямое постановленіе уголовного закона (улож. о нак. ст. 472). То и другое противорѣчитъ, однако, ст. 1016 т. X ч. 1, въ которой сказано, что всѣ духовныя завѣщанія должны быть составлены въ здоровомъ умѣ и твердой памяти. „По сему, продолжаетъ ст. 1017: „недѣйствительны завѣщанія... 2) самоубійцы“. Слѣдовательно, на основаніи сопоставленія стт. 1016 и 1017. необходимо было бы притти къ выводу какъ разъ обратному тому, какой дѣлаетъ сенатъ. Именно, самоубійцы, лишившіе себя жизни намѣренно, т. е. сознательно и добровольно, были въ здоровомъ умѣ и твердой памяти. И наоборотъ, лица, лишившія себя жизни безсознательно, дѣйствовали не въ здоровомъ умѣ и не въ твердой памяти, почему ихъ завѣщанія должны быть признаны недѣйствительными. Вся запутанность вопроса происходитъ оттого, что идея уголовного наказанія, которая въ сущности лежитъ въ основѣ признанія недѣйствительности завѣщанія самоубійцы, должна быть чужда гражданскимъ законамъ. Гражданскіе законы не должны имѣть характера уголовныхъ нормъ.

б. Неспособны составлять завѣщаніе тѣ лица, которыя не имѣютъ по закону права отчуждать свое имущество (ст. 1018).

Поэтому 1) недѣйствительны завѣщанія несовершеннолѣтнихъ, не достигшихъ 21 года (п. 1 ст. 1019). Принимая во вниманіе буквальный смыслъ ст. 1019, русскіе цивилисты признаютъ недѣйствительность завѣщаній лицъ, достигшихъ 17 лѣтъ, хотя бы завѣщанія были составлены съ согласія и за подписью ихъ попечителей. Нельзя не признать суровости такого толкованія ст. 1019. Лица, вступившія въ бракъ, не могутъ до 21 года обезпечить по своему желанію близкихъ имъ лицъ. Кромѣ того, бро-

сается въ глаза несогласованность признанія, съ одной стороны, брачной дѣеспособности и отрицанія, съ другой стороны, завѣщательной дѣеспособности несовершеннолѣтнихъ лицъ. Было бы, поэтому, желательно предоставить по крайней мѣрѣ лицамъ, достигшимъ брачной дѣеспособности, право оставлять завѣщаніе, хотя бы въ пользу близкихъ имъ лицъ и, лишь за неимѣніемъ таковыхъ, въ пользу постороннихъ. Желательно это въ особенности потому, что несовершеннолѣтніе не могутъ быть у насъ признаны самостоятельными ранѣе достиженія ими совершеннолѣтія (§ 74 II 1), какъ то предположено Проектомъ (ст. 514, ср. ст. 1384). Общегер. ул. прямо признаетъ способными составлять завѣщанія лицъ, достигшихъ 16 лѣтъ (п. 2 ст. 2229). Далѣе, 2) по той же причинѣ неспособности лица отчуждать свое имущество, недѣйствительны завѣщанія людей, лишенныхъ по суду всѣхъ правъ состоянія (п. 2 ст. 1019). Хотя, согласно закону (п. 2 ст. 1019 и ст. 1020), недѣйствительность завѣщанія наступаетъ въ тотъ моментъ, когда приговоръ объявленъ, однако, на самомъ дѣлѣ этотъ моментъ наступаетъ нѣсколько позже. Такимъ моментомъ будетъ не объявленіе приговора, а вступленіе его въ законную силу (76/536, 78/92). Впрочемъ, это не означаетъ, что до указаннаго момента обвиняемый, хотя бы и находящійся подъ стражей, не могъ составить завѣщанія (ст. 1020). Завѣщаніе, составленное въ это время, будетъ дѣйствительно, если обвиняемый умретъ ранѣе вступленія приговора въ законную силу (тѣ же сенатскія рѣшенія). Не означаетъ это также и того, что лицо, лишенное всѣхъ правъ состоянія, не можетъ составлять завѣщанія впослѣдствіи, сдѣлавшись ссыльно-поселенцемъ, относительно имущества, прибрѣтенныхъ имъ въ ссылкѣ (06/94). Неясно основаніе признанія недѣйствительности завѣщанія лицъ, лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія. Въ самомъ дѣлѣ, если завѣщаніе такихъ лицъ недѣйствительно потому, что это есть наказаніе за преступленіе, то въ такомъ случаѣ нельзя не пожелать, чтобы гражданское право освободилось отъ уголовныхъ нормъ. Если же недѣйствительность завѣщанія объясняется тѣмъ, что у лицъ, лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія, нѣтъ имущества, то въ такомъ случаѣ послѣ этихъ лицъ не могло бы быть и законнаго наслѣдованія, а между тѣмъ такое наслѣдованіе имѣетъ мѣсто въ нашемъ правѣ. Далѣе, это послѣднее объясненіе не согласуется съ

дѣйствительностью завѣщанія лицъ, принявшихъ монашество. Завѣщанія этихъ послѣднихъ лицъ воспринимаютъ силу въ моментъ постриженія (98/26), т. е. въ тотъ моментъ, когда у нихъ нѣтъ болѣе имущества. Далѣе, 3) недѣйствительны завѣщанія монашествующихъ низшихъ степеней (94/96), а не завѣщанія архіереевъ, архимандритовъ и прочихъ монашествующихъ властей (ст. 1025). Трудно не замѣтить всего противорѣчія въ указанномъ различіи правъ простыхъ монаховъ и монашествующихъ властей, такъ какъ, если простые монахи (низшихъ степеней) не могутъ дѣлать завѣщаній, потому что они не имѣютъ имущества (отреклись отъ міра), то приходится сдѣлать тотъ ни съ чѣмъ несообразный выводъ, что монашествующія власти отъ міра не отреклись. Поэтому слѣдовало бы и монашествующія власти признать неспособными оставлять завѣщанія. Далѣе, 4) неспособны оставлять завѣщанія тѣ лица, у которыхъ нѣтъ имущества, какъ это видно изъ того постановленія нашего закона, что лица, состоящія подъ опекой по долгамъ, оставляютъ завѣщанія дѣйствительными лишь тогда, когда за удовлетвореніемъ всѣхъ займодавцевъ останется свободное имущество (ст. 1021). Наши законы ничего, впрочемъ, не говорятъ о неспособности лицъ, стоящихъ подъ опекой по расточительности. Въ силу ст. 1018 ихъ слѣдовало бы лишить способности составлять завѣщанія, такъ какъ они не имѣютъ права отчуждать свое имущество. Однако, сенатъ, въ согласіи съ основной идеей ограниченія расточителей въ сдѣлкахъ отчужденія при жизни, призналъ за расточителями право оставлять завѣщанія (76/389, 99/56). Напротивъ, Проектъ, хотя и не безъ большихъ колебаній въ средѣ его составителей, лишаетъ расточителя права составлять завѣщаніе (также общегер. улож., ст. 2229 п. 3) и вводитъ новую группу лицъ, лишенныхъ того же права,—привычныхъ къ пьянству (ст. 1384). Наконецъ, 5) относительно неспособны составлять завѣщанія лица, которые имѣютъ родовыя, заповѣдныя и др. имущества, не подлежащія безвозмездному отчужденію.

Въ связи съ изложеннымъ о неспособности нѣкоторыхъ лицъ составлять завѣщанія, возникаетъ вопросъ о необходимости завѣщательной способности въ тотъ или другой моментъ. Такъ, необходима ли эта способность только въ моментъ совершенія или также въ позднѣйшіе мо-

менты по составленіи завѣщанія. Приходится притти къ тому выводу, что нормальное состояніе воли завѣщателя (§ 79 II 2 а) требуется только въ моментъ составленія завѣщанія, послѣдующее же измѣненіе воли не вліяетъ на дѣйствительность завѣщанія (78/92). Наоборотъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщаніе становится недѣйствительнымъ въ силу того, что лицо не имѣетъ права отчуждать свое имущество (§ 79 II 2 б), наличность такой способности необходима и въ моментъ открытія наслѣдства. Поэтому, завѣщаніе недѣеспособнаго остается недѣйствительнымъ съ достиженіемъ имъ совершеннолѣтія и, наоборотъ, завѣщаніе лица дѣеспособнаго будетъ недѣйствительнымъ, если такое лицо въ моментъ открытія лишится завѣщательной способности.

III. Способность лица быть наслѣдникомъ по завѣщанію (пассивная завѣщательная способность).

1. *Не могутъ быть наслѣдниками тѣ лица, которыя вообще неправопоспособны и, въ частности, неспособны пріобрѣтать завѣщаемое имущество.*

Сюда подойдутъ: 1) монашествующіе со времени ихъ постриженія (п. 3. ст. 1067), 2) лишенные всѣхъ правъ состоянія (п. 4 ст. 1067), 3) монастыри и церкви (условно, см. п. 4 ст. 1067), 4) карантинные чиновники (условно, см. п. 5 ст. 1067), а равно 5) и всѣ тѣ лица, которыя не имѣютъ права владѣть нѣкоторыми недвижимыми имуществами (ст. 1028 и 698 прим. См. § 3 II 2). Исключеніе сдѣлано для крестьянъ римско-католическаго вѣроисповѣданія въ девяти западныхъ губерніяхъ (04/104).

2. *Не могутъ быть, даже, наслѣдниками тѣ лица, которыя не пережили наслѣдодателя или, по крайней мѣрѣ, не были зачаты при его жизни.*

Иначе сенатъ. Такъ, онъ допускаетъ возможность назначенія наслѣдниками еще не зачатыхъ дѣтей того лица, коему оставлено пожизненное пользованіе наслѣдствомъ (88/63, 00/84, 04/52, ср. Проектъ, ст. 1413; противъ Шершеневичъ).

3. *Наконецъ, споренъ вопросъ о возможности назначенія наслѣдниками еще не существующихъ юридическихъ лицъ.*

Сенатъ рѣшаетъ данный вопросъ также положительно (88/63, 71/643, противъ Шершеневичъ). Положительное рѣшеніе сената противорѣчить, конечно, основному требованію о томъ, что наслѣдникъ долженъ пережить наслѣдодателя (см. выше 2). Тѣмъ не менѣе, жизнь оправдываетъ отступленіе отъ строгой догмы. Этимъ объясняется и то обстоятельство, что общегерм. ул., а вслѣдъ за нимъ и Проектъ допускаютъ также оставленіе наслѣдства юридическому лицу, еще не существующему (общегерм. ул., стт. 84, 2101 п. 2, ср. ст. 2109; Проектъ, ст. 1418).

§ 80. Форма и содержаніе завѣщанія.

I. Форма завѣщанія.

1. *Для дѣйствительности завѣщанія необходимо строгое соблюденіе предписанной закономъ формы завѣщанія и, въ частности, письменной.*

Строгость эта идетъ такъ далеко, что несоблюденіе какой-либо формальности б. ч. влечетъ за собою полную или частичную недѣйствительность завѣщанія. Болѣе того, письменная форма составляетъ у насъ корпусъ акта (ср. § 6, I 1 в). Поэтому словесныя завѣщанія и т. н. изустныя памяти никакой силы не имѣютъ (ст. 1023 т. X ч. 1). Такая строгость соблюденія формы завѣщанія объясняется тѣмъ, что законодатель стремится обезпечить дѣйствительность воли завѣщателя. Въ противномъ случаѣ эта воля легко могла бы быть нарушена заинтересованными лицами. Такъ, напр., у насъ требуется, чтобы завѣщательный листъ имѣлъ двѣ половины (ст. 1045), а завѣщаніе, написанное на нѣсколькихъ листахъ, было особымъ способомъ скрѣплено (ст. 1046²). Указанныя формальности предохраняютъ отъ возможности нарушенія воли завѣщателя или тѣмъ, что одна половина м. б. оторвана, или тѣмъ, что въ завѣщаніи безъ скрѣпы м. б. вставленъ новый листъ.

2. *Всѣ формальности, соблюденіе которыхъ необходимо для дѣйствительности завѣщанія, м. б. раздѣлены на нѣсколько группъ.*

1. *Форматъ и размѣръ бумаги; способъ письма.* Завѣщаніе м. б. написано на бумагѣ всякаго формата и размѣра,

не исключая и почтовой, лишь бы бумага, состоя изъ двухъ полныхъ половинокъ, составляла цѣлый листъ (ст. 1045). На одной половинѣ дозволяется составлять завѣщаніе лишь мусульманамъ, жителямъ Закавказья (ст. 1045 прим.). Впрочемъ, сенатъ не требуетъ, чтобы вторая половина листа сохранилась въ цѣлости; необходимо только, чтобы изъ второй половины уцѣлѣлъ конецъ завѣщанія (80/269). Съ такимъ ослабленіемъ строгости формы завѣщанія въ сенатской практикѣ нельзя вполне согласиться. Завѣщатель можетъ впослѣдствіи, непосредственно за концомъ завѣщанія, сдѣлать какія-либо поясненія или дополненія (76/292). А если это такъ, то заинтересованныя лица могутъ оторвать часть второй половины и такимъ образомъ извратить волю завѣщателя.

Нашъ законъ не говоритъ, какимъ способомъ должно быть написано завѣщаніе: рукою или на машинѣ, чернилами или карандашомъ. Вслѣдствіе такого молчанія слѣдуетъ считать дѣйствительнымъ завѣщаніе, написанное и на машинѣ и карандашомъ. Равнымъ образомъ, нашъ законъ ничего не говоритъ, на какомъ языкѣ должно быть написано завѣщаніе. Поэтому дѣйствительно завѣщаніе, написанное и не на родномъ языкѣ (также Пр., ст. 1388).

2. Подпись и скрѣпа завѣщателя и рукоприкладчика. Оговорки въ подписи. Завѣщаніе м. б. написано или рукою завѣщателя или, по просьбѣ и со словъ его, чужою рукою, но оно должно быть подписано завѣщателемъ (ст. 1046). При этомъ, въ подписи безусловно необходима лишь фамилія (ст. 1047, ср. ст. 1046). Если же завѣщатель не умѣетъ, или, за болѣзнь, не можетъ подписать своею рукою завѣщанія, то вмѣсто его подписи должна быть подпись другого лица—рукоприкладчика (ст. 1053). Нѣтъ надобности въ рукоприкладчикѣ для грамотнаго слѣпого (83/86).—Духовныя завѣщанія, писанныя на нѣсколькихъ листахъ не рукою завѣщателя, должны быть скрѣплены по листамъ такъ, чтобы на каждомъ было написано не менѣе одного цѣлаго слова самимъ завѣщателемъ или рукоприкладчикомъ (ст. 1046²). Впрочемъ, скрѣпу могутъ сдѣлать и свидѣтели, если онѣ къ тому въ самомъ завѣщаніи уполномочены завѣщателемъ, съ объясненіемъ и причины, по которой къ скрѣпѣ допущены (ст. 1046²; 98/46).—О п и с к и,

подчистки и поправки должны быть оговорены въ подписи завѣщателя. Въ частности, если описки, подчистки, поправки и приписки сдѣланы между строкъ и не оговорены, то онѣ почитаются недѣйствительными, исключая тотъ случай, если онѣ сдѣланы рукою завѣщателя (ст. 1046¹).

3. Подписи трехъ и двухъ свидѣтелей. Завѣщаніе должно быть подписано свидѣтелями. Русское право не знаетъ завѣщанія безъ свидѣтелей, хотя бы написаннаго рукою завѣщателя и имъ подписаннаго (олографическое завѣщаніе). Наше право, въ случаѣ своеручно написаннаго завѣщанія, ограничивается требованіемъ подписи двухъ свидѣтелей (ст. 1051), вмѣсто трехъ свидѣтелей (ст. 1048). Такое же отступленіе въ числѣ свидѣтелей дѣлаетъ наше право и въ томъ случаѣ, когда въ числѣ двухъ свидѣтелей находится духовный отецъ завѣщателя (ст. 1048), а не вообще священникъ *). Общее правило о необходимости подписей трехъ свидѣтелей строго у насъ охраняется сенатомъ, подъ угрозой недѣйствительности завѣщанія (91/70, 98/106). Такая строгость не исполнѣ, однако, согласуется съ другимъ разъясненіемъ сената о томъ, что для дѣйствительности завѣщанія достаточно показанія двухъ свидѣтелей, хотя бы другіе свидѣтели заявили, что они подписали завѣщаніе не по просьбѣ завѣщателя и не зная, находился ли завѣщатель во время подписанія имъ завѣщанія въ здоровомъ умѣ и твердой памяти (75/322). Проектъ, упрощая вообще форму завѣщанія (мотивы къ ст. 1387), требуетъ для его дѣйствительности лишь двухъ свидѣтелей (ст. 1387), одного въ больничныхъ завѣщаніяхъ (ст. 1403) и вводитъ олографическое завѣщаніе (ст. 1398).

Не всѣ граждане могутъ быть свидѣтелями при завѣщаніи. Такъ, этого права лишены: 1) лица, въ пользу которыхъ оставлено завѣщаніе; 2) родственники этихъ лицъ до четвертой степени и свойственники до третьей степени, если завѣщаніе дѣлается не въ пользу прямыхъ наслѣдниковъ, исполнѣ или частью; 3) душеприказчики и опекуны, назначенные по духовному завѣщанію; 4) тѣ, которые по закону не имѣютъ права

*) Къ духовнику-священнику слѣдуетъ приравнять и раввина-священнослужителя (рѣш. Омской суд. пал. 20/XII 04 г.) и стороообрядческихъ настоятелей и наставниковъ (прил. къ ст. 1057 т. X. ч. 1).

завѣщать, за исключеніемъ монашествующихъ; 5) всѣ тѣ, которыя по общимъ законамъ не допускаются къ свидѣтельству по дѣламъ гражданскимъ (ст. 1054). Въ частности, согласно праву Черниговской и Полтавской губерній, не могутъ быть свидѣтелями при завѣщаніи женщины (1055). Что же касается неграмотныхъ гражданъ, то сенатъ лишаетъ ихъ права быть свидѣтелями при завѣщаніи (72/285, 89/45, исключеніе—для крестьянскихъ завѣщаній). Такое разъясненіе сената противорѣчитъ закону (см. ст. 1048: доказательство отъ противнаго).

Свидѣтели удостовѣряютъ своею подписью лишь два обстоятельства: 1) подлинность завѣщанія и 2) нахожденіе завѣщателя въ здоровомъ умѣ и твердой памяти при предъявленіи имъ завѣщанія свидѣтелямъ для ихъ подписи (ст. 1050). Сенатъ разъяснилъ, однако, что завѣщаніе м. б. предъявлено свидѣтелю къ подписи и не самимъ завѣщателемъ, но при томъ лишь условіи, что завѣщатель предварительно лично просилъ свидѣтеля о подписи (06/102). Подписи свидѣтелей должны быть сдѣланы не на обложкѣ бумаги, а на самомъ листѣ завѣщанія или внутри листа, или на оборотѣ его (ст. 1056). Въ какомъ порядкѣ даны подписи свидѣтелей, это не имѣетъ значенія (94/38); но эти подписи во всякомъ случаѣ должны слѣдовать за подписью завѣщателя (ст. 1050 п. 1).

4. Подпись переписчика. Отъ переписчика не требуется всѣхъ качествъ свидѣтеля (ст. 1054). Поэтому переписчиками могутъ быть и лицо, въ пользу котораго сдѣлано завѣщаніе (76/292), и душеприказчикъ (88/96). Наличность подписи переписчика составляетъ существенную принадлежность завѣщанія (08/17).

Какъ общее правило, законъ выставляетъ требованіе, чтобы переписчикъ, рукоприкладчики за завѣщателя и свидѣтеля и свидѣтель не соединялись въ одномъ лицѣ (ст. 1048). Напротивъ, Проектъ допускаетъ соединеніе въ одномъ лицѣ переписчика и рукоприкладчика (ст. 1389).

Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что по русскому праву при составленіи завѣщанія не требуется ни единства времени, ни единства мѣста.

3. Соблюденіе вышеуказанныхъ формальностей необходимо въ отношеніи завѣщаній домашнихъ. Нѣсколько иныя формальности соблюдаются при составленіи завѣщаній нотаріальныхъ.

Эти послѣднія совершаются при участіи младшаго нотаріуса и трехъ свидѣтелей (ст. 1036—1037). Самое же завѣщаніе заносится въ особую актовую книгу, а завѣщателю выдается лишь выпись (ст. 1039). Эта выпись равносильна подлинному завѣщанію (ст. 1040). Завѣщатель можетъ получить вторичную и послѣдующія выписи (ст. 1042). Кромѣ того, нотаріальныя завѣщанія, какъ публичныя завѣщанія, имѣютъ нѣкоторыя преимущества по сравненію съ завѣщаніями домашними. Такъ, 1) нотаріальное завѣщаніе не м. б. отмѣнено послѣдующимъ домашнимъ завѣщаніемъ (ср. ст. 1030). Далѣе, 2) подлинность нотаріальнаго завѣщанія м. б. оспорена только предьявленіемъ иска о подлогѣ (ст. 1035¹). Наконецъ, 3) для утвержденія нотаріальнаго завѣщанія нѣтъ надобности въ вызовѣ и допросѣ свидѣтелей.

4 Кромѣ общихъ формъ завѣщанія, существуютъ также и особыя формы.

Потребность въ особыхъ формахъ завѣщанія вызывается различными соображеніями. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимо усилить строгость формы, въ другихъ — ослабить, въ третьихъ — просто приравнять къ нашимъ завѣщаніямъ завѣщанія, составленныя за границей безъ соблюденія установленной русскими законами формы.

1) Наше право почти не усиливаетъ строгости формы завѣщанія. Такъ, грамотный слѣпой совершаетъ у насъ завѣщаніе при томъ же количествѣ свидѣтелей, и нѣтъ надобности въ рукоприкладчикѣ (см. выше 2. 2). Усиленіе строгости завѣщанія встрѣчается лишь въ отношеніи „вдовьихъ“ завѣщаній (ст. 1082).

2) Напротивъ, ослабленіе формы завѣщанія хорошо извѣстно нашему праву. Такъ, свидѣтелями при составленіи крестьянскихъ завѣщаній могутъ быть неграмотные (см. выше 2. 3). Болѣе того, законъ прямо знаетъ упрощенныя формы нотаріальныхъ (публичныхъ) завѣщаній (военно-походныя завѣ-

щанія, ст. 1071; военно-морскія, ст. 1072, ср. ст. 1073; крестьянскія завѣщанія объ имуществѣ на сумму не свыше ста рублей и съ записью въ книгу сдѣлокъ и договоровъ при волостномъ правленіи (т. IX особ. прил. 1 ст. 91 прим. 1). Наконецъ, облегченіе дается и при составленіи домашнихъ духовныхъ завѣщаній (госпитальныя завѣщанія, ст. 1081, завѣщанія дѣвицъ, призрѣваемыхъ въ С-Петербургскомъ домѣ призрѣнія бѣдныхъ дѣвицъ благороднаго званія—ст. 1082).

3) Приравненіе къ русскимъ завѣщаніямъ заграничныхъ имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ. Такъ, во-первыхъ, заграничныя завѣщанія могутъ быть совершаемы русскими гражданами по обряду той страны, гдѣ онѣ писаны (ст. 1077). Не признаются дѣйствительными лишь тѣ заграничныя завѣщанія, которыя совершены словесно (75/749, 06/108). Во-вторыхъ, заграничныя завѣщанія, явленные въ російскомъ консульствѣ, посольствѣ или миссіи, приравняются къ русскимъ нотаріальнымъ завѣщаніямъ (ст. 1078, 06/108). Нѣтъ сомнѣнія, конечно, что завѣщаніе, составленное за границей по русскимъ законамъ, будетъ дѣйствительно. Равнымъ образомъ, едва ли можно оспаривать публичную силу завѣщанія, составленнаго за границей порядкомъ, установленнымъ для публичныхъ завѣщаній (*locus regit actum*, ст. 464 и 707 Уст. гр. суд).

II. Содержаніе завѣщанія.

Кромѣ строгаго соблюденія формы, для дѣйствительности завѣщанія необходимо также, чтобы содержаніе завѣщанія соответствовало требованіямъ закона („законное объявленіе воли“, ст. 1010).

1. *Прежде всего, необходимо соблюденіе требованій закона въ отношеніи какъ завѣщаемыхъ имуществъ, такъ и лицъ, коимъ эти имущества завѣщаются. Въ томъ и другомъ случаѣ, нашъ законъ требуетъ, въ частности, точнаго означенія тѣхъ и другихъ. Поэтому недействительны завѣщанія, учиненныя съ очевидною ошибкою въ лицѣ или въ самомъ имуществѣ завѣщаемомъ (ст. 1026).*

Точности обозначенія имущества и тѣхъ лицъ, которымъ оно завѣщено, слѣдуетъ требовать, однако, въ такой мѣрѣ, чтобы судъ

могъ изъ содержанія завѣщанія установить несомнѣнность воли завѣщателя. Поэтому, въ случаѣ неточнаго означенія имущества и лицъ, завѣщаніе будетъ недѣйствительнымъ тогда лишь, когда судъ не можетъ установить несомнѣнности воли завѣщателя. Правило о точномъ опредѣленіи наслѣдниковъ и завѣщаемаго имущества не примѣняется къ случаямъ, относящимся до завѣщаній въ цѣляхъ благотворительности (79/289, 02/104).

Что касается, въ частности, точнаго обозначенія лицъ (наслѣдниковъ), то, какъ было отмѣчено, возможно у насъ оставлять наслѣдство лицамъ, еще не родившимся и не зачатымъ, а также юридическимъ лицамъ, еще несуществующимъ (§ 79. III 2 и 3). Что касается, также въ частности, точнаго обозначенія завѣщаемаго имущества, то нашъ законъ не требуетъ, чтобы оно въ завѣщаніи было подробно перечислено. Имущество можно завѣщать въ общихъ выраженіяхъ: „все движимое и недвижимое имѣніе или такую-то часть онаго, за исключеніемъ такихъ-то частей, при чемъ наблюдается только, чтобы въ послѣднемъ случаѣ части, изъеяемыя изъ завѣщанія, были опредѣлены съ точностію“ (ст. 1027). Точно также не требуется, чтобы въ завѣщаніи были обозначены въ точности наслѣдственные доли. Въ этомъ случаѣ, согласно сенату, доли считаются равными (79/37). Поэтому, если завѣщаемое имущество будетъ оставлено сыну и дочери безъ указанія доли, то оба наслѣдника получаютъ по равной долѣ, а не по законной (81/52) (противъ Шершеневичъ).

2. *Требованіе закона о точномъ обозначеніи завѣщаемаго имущества и наслѣдниковъ дополняется, далѣе, требованіемъ закона о соблюденіи тѣхъ границъ свободы воли завѣщателя, которыя установлены самимъ закономъ.*

Дѣло въ томъ, что современное гражданское право, въ интересахъ семьи, ограничиваетъ свободу завѣщателя. Оно требуетъ, чтобы ближайшіе законные наслѣдники были обезпечены завѣщателемъ. Они должны получить опредѣленную долю наслѣдства, которая поэтому называется обязательной, или неотъемлемой, или даже законной долей (§ 77. 2). Проектъ вводитъ институтъ обязательной доли, т. е. такой части наслѣдства, которой не могутъ быть по произволу завѣщателя лишены его за-

конные нисходящіе, супругъ или родитель (необходимые наслѣдники), внѣбрачныя дѣти въ наслѣдствѣ послѣ матери, а въ наслѣдствѣ послѣ отца усыновленные имъ внѣбрачныя его дѣти (ст. 1460). Обязательная доля каждаго изъ необходимыхъ наслѣдниковъ равняется половинѣ стоимости той доли наслѣдства, которая причиталась бы ему въ порядкѣ наслѣдованія по закону (ст. 1461, ср. общегерм. ул. ст. 2303, § 77. 2).—Наше русское законодательство не знаетъ, однако, института обязательной, или неотъемлемой доли. Тѣмъ не менѣе, оно также принимаетъ во вниманіе интересы семьи, охраняя ихъ съ помощью института родовыхъ имуществъ (§ 14. 2 б). Родовыя имѣнія не подлежатъ завѣщанію, развѣ только лицо не имѣетъ ни дѣтей ни иныхъ по прямой линіи отъ него нисходящихъ. Въ этомъ случаѣ, минуя ближайшихъ своихъ наслѣдниковъ и несмотря ни на какую степень родства, лицо можетъ оставить завѣщаніе въ пользу любого родственника или родственницы, но лишь изъ того рода, изъ котораго досталось завѣщаемое избранному имъ наслѣднику имущество (ст. 1068). Впрочемъ, запрещая завѣщать родовыя имущества, нашъ законъ дозволяетъ писать завѣщаніе въ пользу тѣхъ ближайшихъ законныхъ наслѣдниковъ, которые и безъ завѣщанія получили бы наслѣдство. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нашъ законъ дозволяетъ оставлять родовое имущество въ пожизненное владѣніе пережившаго супруга (прим. къ ст. 1148, ст. 1070). Дѣлая вышеуказанныя отступленія въ пользу отдаленнаго родственника, или въ пользу пережившаго супруга, законъ требуетъ, чтобы завѣщаніе было совершено нотаріальнымъ порядкомъ или внесено самимъ завѣщателемъ для храненія въ Опекунскій Совѣтъ, или въ Канцелярію Совѣта Императорскаго Человѣколюбиваго Общества, или въ Попечительный Комитетъ этого Общества (стт. 1068, 1070, ср. ст. 1070¹). Опѣнивая институтъ родовыхъ имуществъ, въ качествѣ суррогата обязательной доли, необходимо подчеркнуть большую желательность и цѣлесообразность послѣдней. Такъ, 1) родовыя имущества охватываютъ лишь часть недвижимостей. Слѣдовательно, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщатель имѣетъ благопріобрѣтенную недвижимость или движимое имущество, интересы ближайшихъ законныхъ наслѣдниковъ остаются необезпеченными закономъ. Болѣе того, 2) владѣлецъ родовыхъ имуществъ можетъ

при своей жизни свободно отчуждить ихъ и такимъ способомъ лишить законныхъ наслѣдниковъ родовыхъ имуществъ. (ср. § 23. I).

3. *Ограниченіе свободы воли завѣщателя имѣетъ мѣсто въ отношеніи не только завѣщаемаго имущества, но и наслѣдниковъ.*

Такъ, 1) у насъ запрещается подназначеніе добавочнаго наслѣдника на тотъ случай, если бы лицо, призванное къ наслѣдованію въ первую очередь, почему-либо не приняло открывшагося наслѣдства (ср. 69/1334; 79/78). Напримѣръ: наслѣдодатель А, назначивъ своимъ наслѣдникомъ Б, не можетъ въ то же время подназначить себѣ наслѣдника Г на тотъ случай, если бы назначенный наслѣдникъ Б, по открытіи наслѣдства, почему-либо не сталъ наслѣдникомъ. Такое подназначеніе, не извѣстное нашему праву (вводится Проектомъ, ст. 1416), не слѣдуетъ смѣшивать съ другимъ подназначеніемъ, когда оно сдѣлано на случай, если назначенное лицо въ первую очередь умереть раньше смерти наслѣдодателя т. е. до открытія наслѣдства. Напримѣръ: наслѣдодатель А можетъ написать завѣщаніе такимъ образомъ: завѣщаю имущество лицу Б; если же лицо Б умереть раньше меня, то назначаю наслѣдникомъ лицо Г. Такое подназначеніе возможно (82/83), но оно не есть подназначеніе въ собственномъ смыслѣ этого слова (субституція). Далѣе, 2) подназначеніе добавочнаго наслѣдника не допустимо на случай смерти наслѣдника, назначеннаго въ первую очередь подъ отлагательнымъ условіемъ, и умершаго по открытіи наслѣдства, но до наступленія этого условія (69/1334, 79/78). Еще болѣе 3) не допустимо подназначеніе добавочнаго наслѣдника подъ отмѣнительнымъ условіемъ (ст. 1011). Такъ, напримѣръ, нельзя оставить завѣщаніе въ пользу лица А съ тѣмъ, чтобы при извѣстномъ условіи, съ теченіемъ времени, его смѣнилъ наслѣдникъ Б. Въ этомъ отношеніи наше право, въ противоположность общегерманскому (ст. 2100 и слѣд. поднаслѣдникъ Nacherbe) держится римскаго принципа: тотъ, кто сдѣлался разъ наслѣдникомъ, остается наслѣдникомъ навсегда.

4. *Если въ завѣщаніи допущено распоряженіе, законамъ противное, то завѣщаніе не становится отъ этого безусловно недействительнымъ.*

Именно, всё другія распоряженія, закону не противныя, остаются въ своей силѣ (ст. 1029). Это правило о частичной не-дѣйствительности завѣщанія, въ противоположность полной не-дѣйствительности юридическихъ актовъ при нарушеніи существенныхъ ихъ принадлежностей, объясняется желаніемъ законодателя сохранить по возможности волю завѣщателя. Если лицо можетъ при своей жизни создать новый юридическій актъ, то по смерти, очевидно, оно сдѣлать этого болѣе не можетъ. Поэтому, если, напр., завѣщатель распорядился родовымъ имуществомъ въ пользу постороннихъ лицъ или незаконно подназначилъ наследника (82/130), то вслѣдствіе этого завѣщаніе будетъ не-дѣйствительно въ данной части, а всё другія законныя распоряженія, напр., назначеніе опекуна, будутъ вполне дѣйствительными.

§ 81. Отмѣна и утвержденіе духовнаго завѣщанія къ исполненію.

1. Судьба завѣщанія можетъ быть различна не только по причинѣ дѣйствительности или не-дѣйствительности завѣщанія: вслѣдствіе несоблюденія формы завѣщанія или противорѣчивости его содержанія требованіямъ закона, (§ 80), но—и по причинѣ а) отмѣны завѣщанія или б) неутвержденія его къ исполненію въ опредѣленный срокъ.

а. Законодатель признаетъ полную свободу завѣщателя отмѣнить свое завѣщаніе, какъ въ цѣломъ, такъ и въ части по своему усмотрѣнію (ст. 1030). 1) Отмѣнить же завѣщаніе можно посредствомъ совершенія нотаріальнаго акта объ уничтоженіи завѣщанія или, въ случаѣ нахожденія завѣщателя въ походѣ или въ откомандировкѣ, посредствомъ письменнаго за подписью завѣщателя донесенія о томъ начальству (ст. 1030). Независимо отъ отдѣльнаго акта, нотаріальное завѣщаніе можетъ быть отмѣнено, въ частности, нотаріальнымъ завѣщаніемъ, а домашнее—какъ домашнимъ, такъ и нотаріальнымъ (ст. 1030). Какимъ способомъ будетъ отмѣнено завѣщаніе, отдѣльнымъ ли актомъ объ уничтоженіи завѣщанія или совершеніемъ новаго завѣщанія, это зависитъ отъ самого завѣщателя (05/76). Однако, слѣдуетъ подчеркнуть, что нотаріальное завѣщаніе, уничтоженное впослѣдствіи самимъ завѣщателемъ при его жизни, восста-

навливаетъ тѣмъ самымъ силу домашняго завѣщанія, прежде составленнаго (ст. 1030). Что же касается 2) измѣненій и дополненій, дѣлаемыхъ впослѣдствіи завѣщателемъ, то тѣ и другія можно произвести какъ на томъ же листѣ бумаги, на которомъ написано завѣщаніе (76/292), такъ и въ послѣдующемъ завѣщаніи (ст. 1030). Такимъ образомъ, русскій законодатель охраняетъ полную свободу лица въ отмѣнѣ или измѣненіи завѣщанія по усмотрѣнію завѣщателя. Въ виду этого, въ нашемъ законодательствѣ запрещено совокупное, или взаимное завѣщаніе (ст. 1032; § 78. 2а). Въ этомъ отношеніи не дѣлается исключенія даже для супруговъ (73/1372; 79/116).

б. Завѣщаніе, по смерти завѣщателя, должно быть представлено съ соблюденіемъ сроковъ въ судъ для утвержденія къ исполненію (ст. 1060). Сроки полагаются для пребывающихъ въ Россіи — годовой, а для находящихся за границей — двухгодичный, со дня смерти завѣщателя (ст. 1063). По истеченіи указанныхъ сроковъ, завѣщаніе не принимается для утвержденія къ исполненію и становится ничтожнымъ (ст. 1065), развѣ бы наслѣдникъ по завѣщанію представилъ неопровержимыя доказательства, что срокъ для утвержденія къ исполненію пропущенъ или по неизвѣстности о существованіи завѣщанія, или по другой законной причинѣ. Въ такомъ случаѣ, наслѣднику предоставляется право иска до истеченія общей земской давности со дня смерти завѣщателя (ст. 1066).

2. *Однако, и утвержденное къ исполненію духовное завѣщаніе можетъ еще утратить свою силу въ томъ случаѣ, если оно будетъ оспорено путемъ частныхъ жалобъ или исковъ о признаніи завѣщанія недействительнымъ.*

Для предъявленія исковъ и вообще всякихъ споровъ противъ завѣщанія назначается двухлѣтній срокъ со дня публикаціи объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію (ст. 1066¹²). Для малолѣтнихъ двухлѣтній срокъ считается со дня вступленія ихъ въ совершеннолѣтіе (ст. 1066¹²). — Тотъ же двухлѣтній срокъ для предъявленія иска полагается въ томъ случаѣ, когда судъ откажетъ въ утвержденіи завѣщанія (стт. 1066^{11—12}). — Объ исполненіи завѣщанія см. § 91 о душеприказествѣ.

Глава III. Законъ, какъ основаніе призванія къ наслѣдованію.

§ 82. Общія положенія о призваніи къ наслѣдованію по закону въ русскомъ правѣ.

1. *Основаніемъ призванія къ наслѣдованію по закону въ русскомъ правѣ служитъ кровное родство (ст. 1105, ср. ст. 1120).*

Однако, 1) начало кровнаго родства предполагаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ брачность рожденія. Поэтому внѣбрачныя дѣти совершенно устраняются у насъ отъ наслѣдованія въ имуществѣ отца; исключеніе сдѣлано для нихъ лишь въ отношеніи наслѣдованія матери (§ 87. 5б.). Далѣе, нельзя не подчеркнуть, 2) что родство по крови, какъ основаніе призванія къ наслѣдованію по закону, въ другихъ случаяхъ ограничивается въ интересахъ общества (ст. 1111, см. о предѣлахъ наслѣдованія выше § 77. 1), а равно въ интересахъ близкихъ лицъ, не связанныхъ кровнымъ происхожденіемъ, какъ-то: пережившаго супруга и усыновленнаго. Наконецъ, слѣдуетъ также замѣтить, 3) что вопросъ о кровномъ родствѣ, какъ основаніи призванія къ наслѣдованію по закону, съ принципіальной стороны вызываетъ возраженія. Въ этомъ отношеніи существуютъ двѣ главныя теоріи, оправдывающія существованіе института законнаго наслѣдованія. По одной теоріи, законные наслѣдники призываются къ наслѣдству потому, что такова предполагаемая воля собственника. Въ этомъ случаѣ, законъ лишь восполняетъ то, чего хотѣлъ бы самъ собственникъ, т. е. оставленія наслѣдства наиболѣе близкимъ ему лицамъ. По другой теоріи, законные наслѣдники имѣютъ право на наслѣдство потому, что они составляютъ одну семью съ наслѣдодателемъ и получаютъ наслѣдство въ силу ихъ семейной собственности, а не въ силу предполагаемой воли наслѣдодателя. Обѣ теоріи не оправдываютъ вполнѣ наслѣдованія родственниковъ по крови. Такъ трудно предположить, чтобы наслѣдодатель дѣйствительно хотѣлъ оставить наслѣдство такимъ родственникамъ, о которыхъ онъ никогда, быть можетъ, и не слышалъ (первая теорія). Что же касается второй теоріи, то она также не совсѣмъ согласуется съ призваніемъ къ наслѣдованію кровныхъ родственниковъ, ибо призываются къ наслѣдованію и

тѣ лица, которыя чужды по крови наслѣдодателю: пережившій супругъ, усыновленный, какъ лица, составляющія одну семью съ наслѣдодателемъ.

2. Порядокъ призванія къ наслѣдству по закону въ силу кровнаго родства опредѣляется въ русскомъ правѣ по линіямъ и степенямъ родства.

Связь одного лица съ другимъ посредствомъ рожденія составляетъ степень, а связь степеней, непрерывно продолжающихся,—линію (ст. 1115). Степень, отъ которой происходитъ двѣ или болѣе линіи, называется въ отношеніи къ нимъ колѣномъ (ст. 1116). Въ каждой линіи ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую (ст. 1122). Согласно системѣ наслѣдованія по линіямъ и степенямъ, прежде всего призывается родственники нисходящей линіи по близости степени родства; за неимѣніемъ же нисходящихъ родственниковъ, право наслѣдованія переходитъ въ боковыя линіи, при чемъ ближайшая боковая линія исключаетъ дальнѣйшую (боковыя линіи) (ст. 1136). Дополнительно и очень своеобразно призываются къ наслѣдованію въ русскомъ правѣ родственники по восходящей линіи (восходящая линія) и пережившій супругъ (наслѣдованіе супруговъ).

Система опредѣленія родства по линіямъ противоплагается особой системѣ очередей (парентелль, разрядовъ), принятой въ правѣ германскомъ, швейцарскомъ и Проектѣ. Первую очередь составляютъ въ германскомъ правѣ нисходящіе наслѣдодателя. Вторую—родители наслѣдодателя и ихъ нисходящіе. Третью—дѣды и бабушки наслѣдодателя и ихъ нисходящіе. Четвертую—прадѣды и пробабушки наслѣдодателя и ихъ нисходящіе и т. д. (стт. 1924—1929). О Проектѣ см. выше § 77. 1. Болѣе простой способъ опредѣленія родства есть, конечно, система очередей (парентелль, разрядовъ), а не линій.

3. Основное правило объ опредѣленіи близости родства ближайшею степенью терпитъ, однако, существенное ограниченіе въ особомъ институтѣ права представленія.

Подъ правомъ представленія разумѣется возможность для родственниковъ болѣе далекихъ степеней наслѣдовать рядомъ съ родственниками болѣе близкихъ степеней, занимая мѣсто своихъ восходящихъ родственниковъ одинаковой съ ними сте-

пени. Такъ, напримѣръ, если остаются три лица: А (сынъ), Б и В (внуки отъ умершаго сына Г), то всѣ три лица будутъ наследовать, хотя Б и В находятся въ болѣе далекой степени родства, чѣмъ А. Въ этомъ случаѣ Б и В, по праву представленія, займутъ мѣсто ихъ умершаго отца Г, одинаковой степени съ лицомъ А, его братомъ, и получаютъ ту же долю наследства, которую получилъ бы ихъ отецъ, еслибы онъ былъ живъ въ моментъ открытія наследства. Право представленія извѣстно нашему законодательству (ст. 1123) во всѣхъ линіяхъ, кромѣ восходящей (ст. 1124). При чемъ сенатъ совершенно правильно разъяснилъ, что право представленія не можетъ имѣть мѣста при жизни представляемаго лица (00/73; 97/5). Это значитъ, что если призванное къ наследованію лицо отречется отъ наследства, то его нисходящіе не могутъ наследовать вмѣсто него, у нихъ нѣтъ права представленія (06/15, 97/5), а они наследуютъ, какъ законные наследники. Опѣнивая право представленія съ точки зрѣнія его юридической природы, необходимо строго предостеречь отъ смѣшенія права представленія съ правомъ наследованія представляемому лицу. Право представленія опредѣляетъ по представляемому лицу размѣръ доли наследства, самое же наследованіе идетъ непосредственно наследодателю, а не представляемому (ст. 1125, 79/392). Поэтому, въ вышеуказанномъ примѣрѣ наследованія лицъ А, Б и В, лица Б и В вмѣстѣ получаютъ долю своего отца, т. е. половину наследства, или каждый изъ нихъ по одной четверти, но оба лица Б и В будутъ наследниками не своего отца (представляемаго), а наследодателя. Это различіе весьма существенно, такъ какъ, если бы Б и В были наследниками своего отца, то они отвѣчали-бы за его долги. Между тѣмъ какъ, наследуя по праву представленія, они будутъ отвѣчать за долги только наследодателя. Отсюда видно, что право представленія никоимъ образомъ нельзя смѣшивать съ правомъ наследованія лицу представляемому.—Что касается, въ частности, раздѣла наследства по праву представленія, то такой раздѣлъ будетъ всегда поколѣннымъ (ст. 1125). Это значитъ, что доли наследниковъ по представленію въ разныхъ колѣнахъ будутъ различны, хотя бы всѣ наследники по праву представленія были одинаково близки наследодателю и наследовали только они одни. Такъ,

напр., если у лица А осталось три внука отъ одного сына и два внука отъ другого сына, то первые три получаютъ по $\frac{1}{3}$ половины наслѣдства ($\frac{1}{6}$), а послѣдніе два по $\frac{1}{2}$ половины наслѣдства ($\frac{1}{4}$). На несправедливость поколѣннаго раздѣла при наслѣдованіи по праву представленія всѣхъ родственниковъ одинаковой степени обращено вниманіе въ литературѣ.

4. *Итакъ, къ наслѣдованію призываются кровные родственники по близости родства, опредѣляемаго линіями и степенями. Однако, не всѣ кровные родственники могутъ быть призываемы къ наслѣдованію по закону, хотя бы они были самыми близкими къ наслѣдодателю.*

Такъ, не могутъ наслѣдовать лица, лишенныя всѣхъ правъ состоянія (ст. 1107), и монашествующія (ст. 1109 и т. д.—ср. § 79. III). Отъ права наслѣдованія не устраняются, однако, иностранцы (за исключеніемъ наслѣдованія ими недвижимостей въ губерніяхъ Варшавскаго Судебнаго Округа и въ Западныхъ губерніяхъ (ст. 1106 и прим.).

§ 83. Призваніе къ наслѣдованію родственниковъ въ линіи нисходящей.

1. *Было замѣчено выше (§ 82. 2), что по русскому праву призываются прежде всего родственники въ линіи нисходящей, т. е. дѣти и дальнѣйшее потомство. Какъ на особенность нашего права, слѣдуетъ указать, что оно даетъ предпочтеніе мужескому полу передъ женскимъ.*

Это предпочтеніе обнаруживается въ слѣдующемъ. 1) Въ нашихъ законахъ прямо говорится, что наслѣдуютъ дѣти мужескаго пола, внуки, правнуки и т. д. (ст. 1127) и что дочери получаютъ лишь выдѣлъ въ видѣ указныхъ частей (ст. 1128). 2) Указныя части дочерей опредѣляются въ размѣрѣ одной четырнадцатой недвижимости и одной восьмой движимости наслѣдства (ст. 1130), т. е. вдвое меньше, чѣмъ получаетъ пережившій супругъ (ст. 1148 и 1153; § 86). И только, когда не будетъ сыновей и ихъ нисходящихъ, или когда сыновей такъ много, что сыновнія части были бы менѣе дочернихъ, дочери получаютъ поровну (стт. 1131 и 1132). Причемъ, въ случаѣ раздѣла наслѣдства между сыновьями и дочерями поровну, слѣдуетъ принимать во внима-

ніе соотношеніе сыновнихъ частей и дочернихъ въ общей совокупности недвижимаго и движимаго наслѣдственнаго имущества (98/35). 3) Признавая право представленія, законъ говоритъ, что по этому праву наслѣдуютъ внуки и правнуки, и совсѣмъ умалчиваетъ о внучкахъ и правнучкахъ (ст. 1127 и 1128). Такое молчаніе дало поводъ Побѣдоносцеву отрицать наслѣдованіе женщинъ по праву представленія въ мужескомъ колѣнѣ. Напримѣръ, у наслѣдодателя остались сынъ А и внукъ и внучка Б и В отъ другого сына Г. По мнѣнію Побѣдоносцева, внучка не получитъ указной части, а всю долю ихъ отца Г получитъ внукъ. Съ такимъ толкованіемъ нельзя согласиться. Формулировка редакціи стт. 1127 и 1128 примѣнительно лишь къ дочерямъ неточна и, кромѣ того, въ силу ст. 1126, лица женскаго пола, когда онѣ наслѣдуютъ одни, пользуются правомъ представленія такъ же, какъ и лица пола мужескаго. Слѣдовательно, если внукъ и внучка отъ дочери наслѣдуютъ по праву представленія, то и внукъ и внучка отъ сына должны также наслѣдовать по праву представленія (ср. также ст. 1132), конечно, въ законныхъ доляхъ.— Что же касается дѣтей сводныхъ (принадлежащихъ одному изъ супруговъ), равно какъ и ихъ нисходящихъ, то они наслѣдуютъ лишь въ имуществѣ своихъ родителей; въ наслѣдствѣ же отчима и мачехи не имѣютъ никакого права (ст. 1129).

2. Въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказья сестры имѣютъ право получить изъ недвижимаго имѣнія только указную часть.

Но братьямъ предоставляется право, удовлетворивъ сестру деньгами, оставить ея часть изъ недвижимости за собою (прим. къ ст. 1130).

3. Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской дочери при сыновьяхъ и ихъ нисходящихъ имѣютъ право получить лишь приданое изъ имѣнія отца. Напротивъ, дочери и ихъ нисходящія наслѣдуютъ въ имѣніи отца, если нѣтъ сыновей, а въ имѣніи матери—на ряду съ сыновьями.

Болѣе подробно см. ст. 1133.

4. Наслѣдованіе всѣхъ нисходящихъ, согласно вышеизложенному порядку, наступаетъ лишь въ томъ случаѣ, если нѣтъ завѣщанія (стт. 1104 и 1110).

Однако, это общее правило терпит цѣлый рядъ ограниченій. 1) Наслѣдованіе по закону въ родовомъ имѣніи совпадаетъ съ наслѣдованіемъ по завѣщанію, если оно оставлено въ пользу такихъ наслѣдниковъ, которые наслѣдовали бы и безъ завѣщанія. 2) Наслѣдованіе по закону будетъ имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда имѣется завѣщаніе не дѣйствительное или, почему-либо не приведенное въ исполненіе. 3) Наслѣдованіе по закону будетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда осталось дѣйствительное завѣщаніе, но оно касается или части имущества, или будетъ признано недѣйствительнымъ только въ части. Это значитъ, что въ нашемъ правѣ возможно одновременное наслѣдованіе, и по закону, и по завѣщанію (§ 78. 3). Въ частности, споренъ вопросъ о правѣ приращенія. Подъ этимъ правомъ разумѣется расширеніе доли наслѣдниковъ въ случаѣ отпаденія почему-либо одного или нѣсколькихъ изъ нихъ. Вопросъ здѣсь сводится къ тому, должна ли наслѣдственная доля отпавшаго наслѣдника итти наслѣдникамъ по закону или по завѣщанію? Въ русской литературѣ нѣтъ опредѣленнаго отвѣта на данный вопросъ *). Слѣдуетъ, однако, признать, что рѣшающее значеніе имѣетъ въ данномъ вопросѣ намѣреніе завѣщателя. Если можно установить, что воля наслѣдодателя такъ или иначе направлена на то, чтобы приращеніе шло въ пользу наслѣдниковъ по завѣщанію, то въ этомъ случаѣ наслѣдники по закону не могутъ рассчитывать на полученіе освободившейся доли.

5. Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что въ настоящее время происходитъ уравненіе наслѣдственныхъ правъ дѣтей обоего пола.

Государственный Совѣтъ большинствомъ 74 голосовъ противъ 64 принялъ предложеніе меньшинства комиссіи установить долю сестры въ недвижимомъ имуществѣ равной седьмой долѣ брата. Причемъ, седьмая доля признана относящейся къ сельскимъ недвижимостямъ, какъ родовымъ, такъ и благопріобрѣтеннымъ и къ ихъ принадлежности—сельско-хозяйственному инвентарю. Такимъ образомъ, Государственный Совѣтъ изъ думскаго

*) Скордели. О приращ. по рус. закону наслѣд. долей (Проток. Кіев. Юрид. Общ. 1879 и Кіев. Унив. Изв. 1880 г. кн. 6, стр. 204—214).

законопроекта объ уравненіи дѣтей обоего пола оставилъ наслѣдованіе дѣтей въ равныхъ частяхъ лишь въ движимомъ имуществѣ и въ городскихъ имуществахъ, какъ движимыхъ такъ и недвижимыхъ.

§ 84. Призваніе къ наслѣдованію родственниковъ въ боковыхъ линіяхъ.

1. Если послѣ умершаго лица не осталось нисходящихъ, то призываются къ наслѣдованію родственники въ боковыхъ линіяхъ. Въ качествѣ особенности нашего права слѣдуетъ подчеркнуть, что оно оказываетъ еще большее, чѣмъ въ линіи нисходящей, предпочтеніе мужескому полу передъ женскимъ въ боковыхъ линіяхъ.

Это предпочтеніе обнаруживается въ слѣдующемъ. 1) Въ нашихъ законахъ прямо постановлено, что въ боковыхъ линіяхъ сестры при братьяхъ родныхъ и ихъ потомкахъ обоего пола не имѣютъ права на наслѣдство (ст. 1135). Это основное положеніе выражается болѣе кратко: „сестра при братѣ не наслѣдница“. Такая формулировка не совсѣмъ, однако, точна. Сестра не только не будетъ наслѣдницей при братѣ, но и при его потомствѣ. Поэтому, если у умершаго лица останется сестра и племянница отъ брата, то наслѣдство получить племянница, а не сестра. Или еще примѣръ: послѣ смерти дяди остаются племянникъ отъ сестры и племянница отъ брата; наслѣдство получить племянница, а не племянникъ. Это значитъ, что ограниченіе права наслѣдованія женщинъ распространяется и на право представленія. 2) Устраненіе сестеръ, при братьяхъ родныхъ и потомкахъ обоего пола, распространяется не только на первыя боковыя линіи, но и на всѣ послѣдующія линіи и при томъ касается не только первыхъ степеней каждой линіи, но и всѣхъ другихъ степеней призываемыхъ къ наслѣдству (прим. къ ст. 1135). Поэтому, если останутся у умершаго брата племянникъ и племянница другого брата, то наслѣдство получить племянникъ, а не племянница. 3) Не только полнородные братья и ихъ потомство обоего пола исключаютъ сестеръ; братья единоутробные и единокровные и ихъ потомство обоего пола исключаютъ также единоутробныхъ и единокровныхъ сестеръ и ихъ потомство (ст. 1140).

Указанное ограничєніе .относится, однако, только къ благопріобрѣтєннымъ имуществамъ, оставшимся послѣ владѣльца, умершаго бездѣтнымъ безъ завѣщанія и не имѣвшаго² (полнородныхъ братьевъ и сестеръ и ихъ потомства (ст. 1140). Поэтому, при наличности полнородныхъ сестеръ и ихъ потомства, въ отступленіе отъ общаго правила о предпочтеніи мужескаго пола отъ женскаго дается предпочтеніе полно роднымъ сестрамъ и ихъ потомству передъ единокровными и единоутробными братьями и ихъ потомствомъ. Это исключеніе изъ общаго правила имѣетъ строго ограничительное примѣненіе, именно только въ указанномъ случаѣ (прим. къ ст. 1140). 4) Хотя въ боковыхъ линіяхъ имѣнія родовыя всегда переходятъ отцовскія въ родъ отца, а материнскія въ родъ матери, однако, имѣніе, самимъ владѣльцемъ пріобрѣтенное, поступаетъ также въ родъ отца, за исключеніемъ случая, вышеотмѣченнаго въ ст. 1140 (ст. 1138). Такимъ образомъ, полнородные со стороны отца являются наслѣдниками въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ наслѣдодателя. Если же этихъ наслѣдниковъ вовсе не останется и нѣтъ единоутробныхъ и ихъ потомства, то всѣ остальные родственники по матери устраняются отъ наслѣдованія въ такомъ имуществѣ (ст. 1163). Слѣдовательно, и въ этомъ отношеніи, мужеской полъ имѣетъ предпочтеніе передъ женскимъ.—Общее правило о томъ, что сестры при братьяхъ и ихъ нисходящихъ обоего пола не наслѣдуютъ, ослаблено сенатомъ. Онъ требуетъ, чтобы братья или потомство послѣднихъ явились для осуществленія своихъ наслѣдственныхъ правъ или приняли наслѣдство. Одно же нахожденіе братьевъ въ живыхъ не можетъ служить достаточнымъ основаніемъ къ устраненію сестеръ отъ наслѣдства (80/210).

2. Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской мужескій полъ уравненъ съ женскимъ въ томъ случаѣ, когда умершій оставилъ послѣ себя имѣніе, доставшееся ему отъ матери.

Именно, полнородные братья и сестры или ихъ нисходящіе дѣлятъ между собою наслѣдство по равнымъ частямъ. Правило это имѣетъ ограничительное примѣненіе. Оно не примѣняется въ дальнѣйшихъ боковыхъ линіяхъ (стт. 1139, 77/264; 82/49).

3. *Въ связи съ разрабатываемой реформой, направленной на уравненіе наследственныхъ правъ женщинъ съ мужчинами (§ 83, 5), предполагено также ослабить это неравенство въ боковыхъ линіяхъ.*

Именно, въ Государственномъ Совѣтѣ принято, чтобы при наследованіи братьевъ и сестеръ въ боковыхъ линіяхъ соблюдались правила о седьмой долѣ лицъ женскаго пола. Въ Государственномъ Совѣтѣ было высказано предположеніе предоставить братьямъ за плату право удержать за собою части, слѣдующія сестрамъ, какъ это, напр., имѣетъ мѣсто въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказья (см. § 83. 2). Предположеніе это было отвергнуто, а высказано пожеланіе, чтобы министерство разработало вопросъ о правѣ сыновей на предпочтительную покупку долей сонаслѣдницъ.

§ 85. Призваніе къ наследованію родственниковъ въ линіи восходящей.

1. *Родственники въ восходящей линіи наследуютъ лишь въ томъ случаѣ, если послѣ умершаго лица не осталось нисходящихъ, хотя бы существовали родственники боковыхъ линій, и при томъ восходящіе наследуютъ въ видѣ исключенія. Какъ на особенность нашего права, слѣдуетъ указать, что наследованіе восходящихъ родственниковъ носитъ въ высшей степени своеобразный характеръ.*

Это своеобразие обнаруживается въ слѣдующемъ. 1) Въ законахъ идетъ рѣчь о наследованіи только родителей (стт. 1141 и 1142). Однако, въ заголовкѣ говорится „о порядкѣ наследованія въ линіи восходящей“. Слѣдовательно, можно предположить наследованіе не только родителей, но и другихъ восходящихъ (Мейеръ, Шершеневичъ). 2) Родители или другіе восходящіе наследуютъ только въ томъ случаѣ, когда имущество безпотомственно умершихъ дѣтей было уступлено сыну или дочери родителями при жизни этихъ послѣднихъ (соотвѣтственно другими восходящими), въ видѣ дара, или даже приданаго (67/279). Такое имущество „не въ видѣ наследства, а яко даръ, возвращается къ родителямъ, каждому то, что отъ кого было получено“ (ст. 1142). 3) Такое исключительное наследованіе родите-

лей и соотвѣтственно другихъ восходящихъ вызываетъ серьезное сомнѣніе въ самомъ характерѣ наслѣдованія восходящихъ. Въ самомъ дѣлѣ, если родители получаютъ обратно то, что они подарили дѣтямъ, то это есть лишь возвращеніе дара, а не полученіе наслѣдства. Нашъ сенатъ, дѣйствительно, такъ и смотритъ: родители, получивъ даръ обратно, не обязаны платить изъ собственнаго имущества долги своихъ дѣтей, что они обязаны были бы дѣлать, если бы считались наслѣдниками (73/436 и 758, 75/821, 76/274, 99/12). Точка зрѣнія сената возбуждаетъ, однако, сомнѣніе въ русской литературѣ. Б. м., правильно все-таки, въ виду своеобразнаго характера наслѣдованія въ линіи восходящей, придерживаться точки зрѣнія сената; тѣмъ болѣе, что законъ прямо говоритъ въ другомъ мѣстѣ: „родители не наслѣдуютъ послѣ дѣтей ихъ“ (ст. 1141).

2. Еще меньше можно считать наслѣдованіемъ пожизненное владѣніе отца и матери имуществомъ, приобретеннымъ дѣтьми, въ случаѣ ихъ безпотомственной смерти (ст. 1141), такъ какъ пожизненное владѣніе не есть, конечно, наслѣдованіе.

Указанная ст. 1141 нуждается въ толкованіи. 1) Прежде всего, имѣютъ ли право пожизненнаго владѣнія только родители или восходящіе? Вопросъ этотъ остается открытымъ. Въ юридической литературѣ склонны рѣшать его отрицательно (напр., Мейеръ). Впрочемъ, принимая во вниманіе, что указанная статья имѣетъ своимъ заголовкомъ: „о порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей“, казалось бы правильно распространить ст. 1141 и на другихъ восходящихъ, какъ это сдѣлано въ отношеніи ст. 1142. Тѣмъ не менѣе, отъ такого распространенія слѣдуетъ воздержаться, въ виду того, что пожизненное владѣніе отца и матери имѣетъ характеръ алиментарный, а нашъ законъ признаетъ право на алименты только за родителями и дѣтьми. 2) Въ литературѣ спорно также пониманіе слова „приобретенное“. Слѣдуетъ ли подъ этимъ словомъ разумѣть имѣніе, приобретенное самими дѣтьми (благонажитое) или вообще всякое имѣніе благоприобретенное, напримѣръ, доставшееся по наслѣдству или даренію, или также родовое имѣніе. Сенатъ разрѣшаетъ данное сомнѣніе въ смыслѣ благоприобретеннаго имѣнія (08/69,

81/3, 72/16, ср. 67/279, 69/16); родовое же имѣніе не подлежитъ отдачѣ родителямъ въ пожизненное владѣніе, а идетъ въ боковую линію (08/69) *). 3) Сомнѣніе возбуждаетъ еще и слово „имѣніе“, слѣдуетъ ли здѣсь разумѣть имущество только недвижимое или также движимое. Данное сомнѣніе сенатъ разрѣшаетъ положительно (03/133, ср. ст. 1145). Въ частности, и законъ прямо говоритъ о капиталахъ, дошедшихъ къ дѣтямъ отъ родителей. Именно, въ случаѣ безпотомственной смерти дѣтей, родители имѣютъ право, на основаніи судебного о томъ свидѣтельства, получать проценты изъ кредитныхъ установленій пожизненно (ст. 1145 и сл.).

3. Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской, въ противоположность общему русскому праву, родители наследуютъ въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ дѣтей своихъ.

Наслѣдованіе это, однако, имѣетъ мѣсто въ томъ лишь случаѣ, когда сынъ или дочь не только умрутъ бездѣтно, но и не оставятъ по себѣ родственниковъ въ первой боковой линіи, именно, родныхъ или единокровныхъ и единоутробныхъ братьевъ и сестеръ или ихъ нисходящихъ (ст. 1143).—Право губерній Черниговской и Полтавской знаетъ также возвратъ отцу или матери приданого, а равно того имущества, которое было ими выдѣлено своимъ дѣтямъ. Такой возвратъ наступаетъ не только въ томъ случаѣ, когда дѣти умерли бездѣтно, но и въ томъ случаѣ, когда у нихъ были дѣти, умершіе до совершеннолѣтія (ст. 1143).

4. Въ заключеніе о наслѣдованіи восходящихъ слѣдуетъ замѣтить, что восходящіе могутъ наследовать посредственно; однако, такое наслѣдованіе не будетъ наслѣдованіемъ восходящихъ, а боковыхъ родственниковъ.

Напримѣръ, умерло лицо А, не оставивъ послѣ себя потомства и имѣя въ живыхъ отца Б и дядю по отцу В. Наслѣдство получить дядя, а не отецъ, такъ какъ наслѣдованіе въ боковой линіи наступаетъ при неимѣніи родственниковъ въ линіи нисходящей. Однако, если послѣ того умретъ дядя В также безпотом-

*) Яблочковъ, О порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей по русскому праву (Вопросы права, 1912 кн. VII (3).

ственно, то ему будетъ наследовать отецъ Б. Такимъ образомъ, отецъ получить наследство своего сына не непосредственно, а черезъ своего брата Б, посредственно.—Согласно принятой Проектомъ системѣ очередей (разрядовъ), восходящіе получаютъ право наследованія въ обыкновенномъ порядкѣ (мотивы къ ст. 1357).

§ 86. Призваніе къ наследованію пережившаго супруга.

1. Независимо отъ наследованія родственниковъ, въ нашемъ правѣ признано также наследованіе пережившаго супруга. Какъ и наследованіе восходящихъ, оно имѣетъ въ высшей степени своеобразный характеръ.

Это своеобразие обнаруживается въ слѣдующемъ. 1) Наслѣдственное право пережившаго супруга въ размѣрѣ $\frac{1}{4}$ движимости и $\frac{1}{7}$ недвижимости какъ родовой, такъ и благопріобрѣтенной, носитъ названіе указной части (ст. 1128, 1148 и др., ст. 1153). Въ связи съ этимъ возникаетъ вопросъ, слѣдуетъ ли право пережившаго супруга на указную часть признать наследственнымъ правомъ. Вопросъ этотъ имѣетъ большію важность, такъ какъ если считать пережившаго супруга наследникомъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо допустить и его отвѣтственность собственнымъ имуществомъ за долги умершаго супруга (§ 89, 1). Сенатъ не считаетъ пережившаго супруга наследникомъ (71/1124), и въ связи съ этимъ пережившій супругъ отвѣчаетъ за долги покойнаго супруга лишь въ размѣрѣ полученной имъ указной части, а не собственнымъ имуществомъ (68/563; 88/71). Этотъ взглядъ сената на указную часть, отрицающій наследственную долю, дѣйствительно, отвѣчаетъ, своеобразной юридической природѣ указной части, какъ это видно изъ дальнѣйшаго (2—5). Такъ, 2) право пережившаго супруга на указную часть всегда признается имуществомъ благопріобрѣтеннымъ, хотя бы эта часть была выдѣлена изъ родового имущества (п. 6 ст. 397). Потеря характера родового имущества показываетъ, что указная часть пережившаго супруга не есть наследственная доля, такъ какъ родовыя имущества при наследованіи не измѣняютъ своего характера. 3) Право на указную часть, въ противоположность наследственной долѣ, не перехо-

дѣтъ по наслѣдству, развѣ только самимъ супругомъ при его жизни была заявлена просьба о выдѣлѣ (стт. 1152 и 1153). Одно фактическое владѣніе указной частью, безъ подачи просьбы о выдѣлѣ таковой, еще не дѣлаетъ овдовѣвшаго супруга собственникомъ этой части (88/95). Такимъ образомъ, право на указную долю пережившаго супруга имѣетъ характеръ личнаго права. 4) Право на указную долю, въ противоположность праву наслѣдованія, не погашается земскою давностью (ст. 1152). Слѣдовательно, это право не только личное, но и пожизненное. Наконецъ, 5) пережившій супругъ имѣетъ право на указную долю не только изъ имущества пережившаго супруга, но также изъ имущества тестя или свекра (стт. 1149 и 1153). При этомъ, въ частности, когда за умершимъ супругомъ недвижимаго имѣнія не было, а осталось одно только движимое, то пережившій супругъ имѣетъ право на указную долю даже при жизни свекра или тестя изъ недвижимаго его имѣнія (стт. 1151 и 1153). Это послѣднее право стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчій съ правомъ наслѣдованія, которое предполагаетъ наслѣдодателя, т. е. смерть лица и вообще открытіе наслѣдства (§ 88. 1). Это ненормальное явленіе съ точки зрѣнія наслѣдственного права, сенатъ пытается ослабить, допуская выдѣлъ при жизни свекра или тестя лишь изъ родового имѣнія, а не благопріобрѣтеннаго (84/23, 97/68). Противъ такого ограничительнаго толкованія сената правильно возражаютъ многіе цивилисты, ибо, согласно закону, овдовѣвшій супругъ получаетъ указную часть какъ изъ родового, такъ и благопріобрѣтеннаго имѣнія. Что-же касается выдѣла указной части изъ движимаго имущества свекра или тестя то такой выдѣлъ, въ силу прямого постановленія закона, производится лишь послѣ кончины свекра или тестя изъ того имущества, какое въ день его смерти въ наличности окажется. Впрочемъ, отступленія отъ взгляда на указную часть, какъ на личное и пожизненное право, имѣются въ законѣ. Такъ, 1) въ интересахъ кредиторовъ, право на выдѣлъ изъ имѣнія умершаго супруга указной части другому, въ случаѣ несостоятельности послѣдняго, переходитъ при его жизни къ конкурсу или непосредственно къ кредиторамъ (ст. 1155). Такъ, 2) далѣе, въ интересахъ жеиы, право на указную часть приравнивается къ

наслѣдственному праву. Именно, если одинъ изъ супруговъ будетъ лишенъ всѣхъ правъ состоянія, то другому, не участвовавшему въ преступленіи, выдѣляется изъ имѣнія указная часть такъ же, какъ и по смерти супруга (ст. 1159).

Все своеобразие юридической природы указной части пережившаго супруга объясняется тѣмъ, что эта часть имѣетъ характеръ алиментарный, прожиточный и возникла она въ связи съ помѣстной системой. При этой системѣ женщины не могли наслѣдовать помѣстій, дабы земля изъ службы не выходила. Однако, по смерти владѣльцевъ помѣстій, жены еще болѣе, чѣмъ прежде, нуждались въ пропитаніи и вообще содержаніи. Поэтому, вдова стала получать на прожитокъ извѣстную часть имущества 10, 15, 20 со 100 четвертей, т. е. $\frac{1}{10}$, $\frac{1}{7}$ (около) и $\frac{1}{5}$, въ зависимости отъ того, умеръ ли ея мужъ на службѣ, въ походѣ или въ сраженіи. Впослѣдствіи, когда изъ прожиточной, пожизненной доли начало развиваться наслѣдственное право вдовы, ея доля была опредѣлена въ среднемъ въ одну седьмую и распространена на наслѣдованіе также вдовца. Что же касается указной доли дворянства, въ размѣрѣ $\frac{1}{4}$, то здѣсь уже сказалось вліяніе византійскаго права.—Вышеизложеннымъ происхожденіемъ указной части пережившаго супруга и объясняется та двойственность идей наслѣдованія и пропитанія, которая придаетъ своеобразие наслѣдованію супруговъ въ русскомъ правѣ.

2. Недостаточность обезпеченія пережившаго супруга путемъ указной части побудило наше законодательство взаимно этой части допустить право на пожизненное владѣніе пережившаго супруга родовымъ имѣніемъ другого супруга, составившаго о томъ нотаріальное завѣщаніе (прим. къ ст. 1148).

Но, пережившій супругъ въ правѣ отречься отъ пожизненнаго владѣнія и потребовать себѣ въ собственность указную долю изъ родового имѣнія (то же прим.). Еще дальше пошло современное западно-европейское гражданское законодательство, которое правильно отказалось отъ взгляда на наслѣдованіе супруговъ, какъ на обезпеченіе ихъ прожиточною долей. Оно исходитъ изъ того взгляда, что, при современномъ строеніи тѣсной, индивидуальной семьи, наиболее близкимъ лицомъ къ умершему

супругу является пережившій супругъ. Поэтому, вслѣдствіе этой семейной близости, германское право, а также и Проектъ не только признають за пережившимъ супругомъ право на наслѣдственную долю, не только увеличивають размѣръ этой доли, но призываютъ пережившаго супруга къ наслѣдованію предпочтительно передъ родственниками, болѣе отдаленными. Такъ, въ частности, по Проекту, пережившій супругъ получаетъ четвертую часть всего наслѣдства, когда наслѣдуетъ вмѣстѣ съ родственниками перваго разряда, половину—съ родственниками втораго разряда, три четверти—съ родственниками третьаго разряда и все наслѣдство, когда не осталось родственниковъ первыхъ трехъ разрядовъ (ст. 1368, ср. общегерм. улож. ст. 1931). Наконецъ, и наше болѣе новое законодательство также мало-по-малу становится на путь современнаго западно-европейскаго права въ вопросѣ о наслѣдованіи супруговъ. Такъ, 1) доли призоваго вознагражденія, причитающіяся лицамъ умершимъ послѣ совершенія дѣйствій, за которыя это вознагражденіе назначено, а также доли, причитающіяся убитымъ ранѣе совершенія дѣйствій, выдаются полностью вдовамъ означенныхъ лицъ, если послѣ послѣднихъ не осталось родственниковъ въ прямой нисходящей линіи (ст. 1148²). 2) Авторское право переходитъ цѣликомъ къ супругу или совместно съ родителями въ общую ихъ собственность, въ равныхъ доляхъ, когда супругъ или родители оказываются единственными наслѣдниками въ отношеніи авторскаго права (ст. 6, см. § 27. I 26).

3. Въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказья соучастники въ наслѣдствѣ имѣють право оставить за собою слѣдующую вдовѣ указную часть изъ имѣнія мужа.

Съ этой цѣлью они должны удовлетворить ее деньгами, по оцѣнкѣ имѣнія, соотвѣтственно тѣмъ же правиламъ, какъ и братья въ отношеніи сестеръ (ст. 1148¹). Предложеніе меньшинства комиссіи въ Государственномъ Совѣтѣ предоставить наслѣдникамъ право удержать за плату вдовью часть не было принято (ср. § 84. 2).

4. Въ правѣ губерній Черниговской и Полтавской право наслѣдованія супруговъ регулируется въ болѣемъ соотвѣтствіи съ современнымъ законодательствомъ.

Такъ, 1) пережившій супругъ получаетъ третью часть всего имущества, приобрѣтеннаго общими трудами супруговъ; когда же дѣтей въ бракъ прижито не было, то наследуетъ во всемъ этомъ имуществѣ (п. 2 ст. 1157). 2) Хотя пережившій супругъ не имѣетъ права на наследованіе въ имуществѣ, принадлежавшемъ въ собственность другому супругу (п. 1 ст. 1157), однако, въ частности, жена имѣетъ право на полученіе опредѣленной части изъ этого имущества въ пожизненное владѣніе въ томъ случаѣ, когда она не получаетъ обратно принесеннаго ею въ семью мужа приданаго (п. 4-й сл. ст. 1157).

§ 87. Призваніе къ наследованію казны и особенный порядокъ наследованія въ случаяхъ, изъ общихъ правилъ изъятыхъ.

1. *Когда послѣ умершаго не останется вовсе наследниковъ, или хотя и останутся, но никто изъ нихъ не явится въ теченіе десяти лѣтъ со времени послѣдняго пропечатанія въ вѣдомостяхъ вызова о явкѣ для полученія наследства, или же изъ явившихся въ этотъ срокъ никто не докажетъ своего права, тогда имущество признается выморочнымъ (ст. 1162).*

Къ этому слѣдуетъ прибавить, что имущество благоприобрѣтенное становится выморочнымъ, когда изъ рода отца не осталось ни одного родственника, а изъ рода матери—единородныхъ братьевъ и сестеръ и ихъ потомства (ст. 1163). Въ частности, въ случаѣ неявки наследниковъ въ полугодовой срокъ, со дня пропечатанія въ публичныхъ вѣдомостяхъ, имущество поступаетъ въ опеку и такимъ образомъ оно не остается безпризорнымъ (стт. 1164, 1165 и 1166).

2. *Выморочныя имущества обыкновенно обращаются непосредственно въ государственную казну.*

Такимъ образомъ, казнѣ принадлежитъ выморочное право (92/59). Для признанія имущества выморочнымъ и обращенія его въ казну не требуется особаго о томъ ходатайства передъ судомъ: то и другое наступаетъ въ силу истеченія вышеупомянутого (1) десятилѣтняго срока (91/2; 92/59). Кромѣ непосредственнаго

наго обращенія выморочныхъ имуществъ въ казну, они могутъ быть также обращаемы въ пользу различныхъ заведеній, сословій и вѣдомствъ: учебныхъ заведеній (ст. 1168—1169), благотворительныхъ учрежденій (ст. 1169¹), въ пользу духовнаго вѣдомства (стт. 1170 и 1171), дворянскихъ обществъ (ст. 1172 и др.), городовъ (ст. 1172⁸ и др.), морское вѣдомство (ст. 1178). Въ частности, всѣ накопившіяся по частнымъ взысканіямъ въ присутственныхъ мѣстахъ суммы поступаютъ въ Комитетъ Призрѣнія Заслуженныхъ Гражданскихъ Чиновниковъ; всѣ же суммы, накопившіяся въ судебныхъ мѣстахъ, условно обращаются въ казну (ст. 1177). Наконецъ, доли призоваго вознагражденія идутъ въ инвалидный капиталъ (ст. 1176).

3. Возникаетъ вопросъ, слѣдуетъ ли казну и другія учрежденія считать наследниками.

Германское право на данный вопросъ отвѣчаетъ утвердительно (ст. 1964). Сенатъ также считаетъ казну наследникомъ по закону (рѣш. Общ. Соб. 1 Кас. Деп. 87 г. № 19). Дѣйствительно, самъ законъ обязываетъ казну и прочія мѣста и вѣдомства удовлетворять долги, на имѣніяхъ лежащія, и вообще отвѣтствовать въ искахъ порядкомъ, законами установленнымъ (ст. 1263). Но, такъ какъ моментомъ пріобрѣтенія казною выморочнаго имущества является не открытіе наследства, а истеченіе десятилѣтняго срока со дня послѣдней публикаціи о вызовѣ наследниковъ (89/64, 91/2), то казна или замѣняющее ее извѣстное учрежденіе и общество не должны отвѣчать по долгамъ наследства, погашеннымъ за это время земскою давностью.

4. Что касается, наконецъ, особеннаго порядка наследованія въ случаяхъ, изъ общихъ правилъ изъятыхъ, то такой порядокъ предусмотрѣнъ ст. 1184 и слѣд. т. X ч. I.

Такъ, 1) особенный порядокъ наследованія примѣняется у крестьянъ. Имъ дозволяется руководствоваться мѣстными обычаями (§ 12 I 3 а). 2) Существуетъ также особенный порядокъ наследованія въ имуществѣхъ ссыльныхъ (уст. о ссыльн. ст. 428 и сл.). Именно, прежде всего, въ качествѣ наследниковъ къ имуществу ссыльнаго призываются его прямые наследники (нисходящіе) и пережившій супругъ въ своей части. Прямые наслед-

ники, т. е. прибывшіе съ ссыльнымъ въ Сибирь или родившіеся тамъ („находящіеся въ Сибири“, ст. 428). Пережившій супругъ, т. е. послѣдовавшій по своей волѣ въ мѣсто ссылки, или вступившій тамъ съ ссыльнымъ въ бракъ, получаетъ свою законную часть (ст. 428). Но, при неимѣніи прямыхъ наслѣдниковъ—пережившій супругъ получаетъ не долю, а все имущество (ст. 429). Далѣе, имущество ссыльнаго можетъ поступить въ наслѣдство родителямъ, если родители сосланнаго лица одного званія съ нимъ или родителямъ, прибывшимъ съ нимъ въ мѣсто ссылки по своей волѣ (ст. 430). Въ случаѣ неимѣнія никого изъ вышепоименованныхъ наслѣдниковъ или ненахожденія ихъ въ Сибири имущество продается и поступаетъ въ составъ экономическаго капитала ссыльныхъ (ст. 431). Экономическій капиталъ ссыльныхъ считается здѣсь наслѣдникомъ, почему имущества ссыльныхъ не могутъ оказаться въ положеніи выморочныхъ (рѣш. Общ. Соб. I Кас. Деп. 04/10). 3) Существуетъ также особенный порядокъ наслѣдованія въ авторскомъ правѣ (см. § 27 I 2 б). 4) Наши гражданскіе законы подробно говорятъ также о наслѣдованіи въ имѣніяхъ заповѣдныхъ (ст. 1192 и сл.), временно заповѣдныхъ (ст. 1213¹⁻⁹), пожалованныхъ на правѣ маіората въ западныхъ губерніяхъ (ст. 1214 и сл.). Въ частности, имѣется особое указаніе на наслѣдованіе въ участкахъ, отведенныхъ по правиламъ 20 іюля 1848 г. малоимущимъ дворянамъ. Эти участки передаются по наслѣдству безъ всякаго раздробленія (ст. 1191). 5) Имѣются также особыя постановленія: о наслѣдованіи послѣ лицъ духовнаго званія панагіѣй и крестовъ, ризницъ (стт. 1186 и 1187), о наслѣдованіи нехристіанами св. иконъ (ст. 1188 и сл.), о наслѣдованіи безсрочныхъ долговъ иностранца, внесенныхъ въ Государственную долговую книгу (ст. 1218), о наслѣдованіи послѣ военныхъ чиновъ (ст. 1219) и о наслѣдованіи въ имѣніи малороссійскихъ казаковъ (ст. 1220).—Приведенный обзоръ отступленій отъ общаго порядка наслѣдованія показываетъ, что система призванія къ наслѣдованію по закону далеко не имѣетъ у насъ того единства, которое было бы желательно.

5. Независимо отъ особеннаго порядка призванія лицъ къ наслѣдованію по закону, существуютъ еще нѣкто-

рыя отклоненія въ наслѣдованіи лицъ, связанныхъ а) родствомъ по усыновленію и б) внѣбрачнымъ родствомъ.

а. Усыновленный, сохраняя право наслѣдованія по закону послѣ своихъ родителей и родственниковъ (ст. 156⁷), приобрѣтаетъ также право наслѣдованія въ благоприобрѣтенномъ имуществѣ усыновителя съ тѣмъ, однако, что наслѣдуемое имѣніе усыновителя, не имѣющаго родныхъ сыновей, а имѣющаго лишь дочерей, дѣлится между этими послѣдними и усыновленными поровну (ст. 156¹). Такимъ образомъ, въ отступленіе отъ общаго порядка наслѣдованія, усыновленный не имѣетъ права наслѣдовать въ родовомъ имуществѣ усыновителя и во всякомъ имуществѣ послѣ родственниковъ усыновителя (156³). Въ частности, усыновленіе не даетъ права усыновленному на пенсію и на единовременное пособіе за службу усыновителя (ст. 156²).—Что же касается наслѣдственныхъ правъ усыновителя въ отношеніи усыновленнаго, то въ случаѣ бездѣтной смерти послѣдняго, примѣняются общія правила (стт. 1141 и 1142; см. § 85).

б. Внѣбрачныя дѣти и законные ихъ нисходящіе наслѣдуютъ по закону лишь въ благоприобрѣтенномъ имуществѣ матери, на основаніяхъ, установленныхъ для дѣтей законныхъ. При чемъ, и здѣсь наслѣдуемое имущество матери, не имѣющей законныхъ сыновей, но имѣющей законныхъ дочерей, дѣлится между этими послѣдними и внѣбрачными дѣтьми по равнымъ долямъ (ст. 132¹²). На законное же наслѣдованіе въ родовомъ имѣніи матери и во всякомъ имуществѣ ея родственниковъ, равно какъ и на наслѣдованіе во всякомъ имуществѣ отца и его родственниковъ, внѣбрачныя дѣти права не имѣютъ (та же ст.). Что касается, далѣе, наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ внѣбрачныхъ дѣтей, то, за неимѣніемъ нисходящихъ, призываются къ наслѣдованію боковыя линіи, происшедшія внѣ брака отъ одной матери (ст. 132¹⁴). Это значитъ, что дѣти, рожденные въ законномъ бракѣ, не имѣютъ права наслѣдовать въ имуществѣ другихъ дѣтей матери, рожденныхъ внѣ брака, хотя бы и оставалось въ живыхъ только одно ея потомство, происшедшее въ бракѣ (09/9). Поэтому единоутробные братья и сестры, рожденные въ бракѣ,

не могутъ наследоватьъ единоутробнымъ братьямъ и сестрамъ, рожденнымъ ихъ матерью внѣ брака.—Наконецъ, мать внѣбрачнаго ребенка наследуетъ послѣ него по общимъ правиламъ о порядкѣ наследованія въ линіи восходящей, согласно стт. 1141 и 1142 (ст. 132¹³).

Глава IV. Приобрѣтеніе наследства и послѣдствія приобретенія наследства.

§ 88. Приобрѣтеніе наследства, принятіе и отреченіе отъ него.

1. Приобрѣтеніе наследства предполагаетъ призваніе къ наследованію (§ 78), а это послѣднее, въ свою очередь, открытіе наследства.

Такимъ образомъ, для приобретенія наследства необходимо прежде всего, чтобы наследство 1) открылось, т. е. наступилъ моментъ, когда имущество утратило своего владѣльца, по причинѣ его смерти, лишенія всѣхъ правъ состоянія (ст. 1222), постриженія въ монашество (ст. 1223), безвѣстнаго отсутствія (§ 8. IV 3). 2) Для приобретенія наследства необходимо, далѣе, чтобы были лица, призванныя къ наследованію, т. е. имѣлись такія лица, которыя въ силу того или другого основанія, получили право наследованія. Выше было показано, что это право наследованія возникаетъ или вслѣдствіе завѣщанія, или вслѣдствіе закона и обычая (родство, бракъ, усыновленіе, казна). Таковы два условія для приобретенія наследства. Однако, чтобы приобретеніе наступило, для этого необходимо еще, чтобы 3) призванное къ наследованію лицо приняло наследство (третье условіе).

2. Подъ принятіемъ наследства разумѣется такое изъясненіе воли призваннаго къ наследованію лица (юридическій актъ), въ силу котораго это лицо становится наследникомъ.

Такимъ образомъ, невозможно пріобрѣтеніе наслѣдства противъ воли лица, призваннаго къ наслѣдованію, какъ это отчасти имѣло мѣсто въ римскомъ правѣ. Въ послѣднемъ случаѣ пріобрѣтеніе наслѣдства совпадало съ открытіемъ наслѣдства въ силу самого закона. Не вполне выдержано въ данномъ институтѣ наше законодательство. Съ одной стороны, въ гражданскихъ законахъ прямо говорится: „Право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца“ (ст. 1254). Такимъ образомъ, казалось бы, моментъ пріобрѣтенія наслѣдства совпадаетъ въ нашемъ правѣ съ моментомъ открытія наслѣдства. Съ другой стороны, въ гражданскихъ же законахъ прямо сказано: „Наслѣдники властны принять наслѣдство или отречься отъ онаго (ст. 1255), т. е. не допускается пріобрѣтеніе наслѣдства вопреки волѣ призваннаго къ наслѣдованію лица. Указанное противорѣчіе можно примирить такимъ образомъ, что ст. 1254 слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ права на наслѣдство, а права на наслѣдованіе. Въ такомъ случаѣ ст. 1254 будетъ имѣть тотъ смыслъ, что принятіе наслѣдства имѣетъ обратную силу. Это значитъ, что права наслѣдника, принявшаго наслѣдство, опредѣляются по моменту открытія наслѣдства, а не по моменту принятія его (07/11). Итакъ, въ нашемъ правѣ нѣтъ принятія наслѣдства въ силу самого закона; всегда требуется выраженіе воли на то призваннаго къ наслѣдованію лица. Эта воля можетъ быть выражена непосредственно, въ видѣ обращенія призваннаго къ наслѣдованію лица въ судъ, съ просьбою объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства (ст. 1408 Уст. Гр. суд., 73/695), или посредственно, путемъ такихъ дѣйствій, въ которыхъ выражается воля призваннаго лица владѣть и распоряжаться наслѣдственнымъ имуществомъ въ качествѣ наслѣдника (см. казуистическое постановленіе ст. 1261 т. X ч. 1, 68/552, 69/501, 75/927 и др.). Необходимо, однако, предостеречь отъ неправильной оцѣнки юридическаго значенія утвержденія въ правахъ наслѣдства. Оно есть лишь судебное удостовѣреніе правъ наслѣдованія по закону, не болѣе того (97/71, ср. 98/30), почему и нѣтъ безусловной необходимости въ утвержденіи въ правахъ наслѣдства (05/4; 7, ср. 02/9; 96/116 и др.). Поэтому же сенатъ разъяснилъ, что безусловныя требованія старшаго нотаріуса,

чтобы наслѣдникъ представилъ судебныя опредѣленія ооъ утвержденіи въ правахъ наслѣдства для утвержденія въ нотаріальномъ порядкѣ акта, напимѣрь, продажи наслѣдственной недвижимости, лишено законнаго основанія (96/116). Старшій нотаріусъ можетъ требовать утвержденія въ правахъ наслѣдства при утвержденіи имъ въ нотаріальномъ порядкѣ акта въ тѣхъ только случаяхъ, когда представится къ тому надобность, въ виду неопредѣленности осуществленія наслѣдственныхъ правъ. Такъ, напр., когда одна часть наслѣдства въ боковыхъ линіяхъ переходитъ въ родъ отца, а другая въ родъ матери. Такое же значеніе судебного удостовѣренія правъ наслѣдованія имѣетъ и утвержденіе духовныхъ завѣщаній къ исполненію (ст. 1060 и др.), съ тою разницею, что такое утвержденіе безусловно необходимо для наслѣдниковъ по завѣщанію (70/1697, 05/4; 7).—Въ Проектѣ прямо постановлено, что представленіе завѣщанія къ утвержденію не считается принятіемъ наслѣдства (ст. 1515).

3. *Наше законодательство не устанавливаетъ спеціальнаго срока для принятія наслѣдства. Отсюда, непринятіе наслѣдства выражается: или а) въ отреченіи отъ наслѣдства или б) въ истеченіи общихъ сроковъ о явкѣ наслѣдниковъ.*

а. Отреченіе возможно или формальное, прямое, или неформальное, косвенное. Последнее м. б. доказываемо какими-либо фактами (68/786, 71/86). Первое же производится посредствомъ объявленія о томъ наслѣдниковъ въ надлежащемъ присутственномъ мѣстѣ (ст. 1266), т. е. въ томъ судебномъ установленіи, которому подвѣдомо наслѣдственное имущество по мѣсту нахождения, роду и цѣнѣ его (72/776). Отреченіе не имѣетъ, однако, у насъ характера безповоротности. Даже официальное отреченіе отъ наслѣдства можетъ быть уничтожено подачею новаго заявленія, съ ходатайствомъ о признаніи отреченія недѣйствительнымъ, пока со стороны суда не послѣдовало опредѣленія и другіе наслѣдники ни въ чемъ не проявили своего желанія принять наслѣдство (04/97). При чемъ, въ старой практикѣ, сенатъ высказалъ то положеніе, что и одно вступленіе въ обладаніе наслѣдствомъ послѣ формальнаго отреченія считается принятіемъ наслѣдства (68/552). Данное разъясненіе сената по-

казываетъ, что онъ придаетъ большее значеніе фактическому принятію наслѣдства, чѣмъ формальному отреченію отъ него. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что непризнаніе практикою безповоротности отреченія не желательно. Оно вноситъ неопредѣленность въ юридическую судьбу наслѣдства.

б. Истеченіе общаго срока (10 лѣтъ), для явки наслѣдниковъ, законъ считаетъ отреченіемъ (п. 2 ст. 1265, 97/5). Вѣрнѣе, однако, считать такую неявку не отреченіемъ, а непринятіемъ наслѣдства. Точно такъ же непринятіемъ, а не отреченіемъ отъ наслѣдства, надо считать и непредъявленіе завѣщанія къ исполненію. Въ обоихъ случаяхъ нѣтъ юридическаго акта, характернаго для наличности отреченія, хотя бы и молчаливо выраженнаго. Такимъ образомъ, не всякое непринятіе есть отреченіе. Но, слѣдуетъ сказать и наоборотъ: не всякое отреченіе будетъ непринятіемъ наслѣдства. Такъ, 1) отказъ отъ наслѣдства во вредъ кредиторамъ не признается дѣйствительнымъ (ст. 1547; 84/50). Далѣе, 2) отреченіе отъ будущаго наслѣдства не есть также непринятіе наслѣдства, ибо нѣтъ и самого наслѣдства: не отъ чего отрекаться (76/280); иначе для отреченія дочерей въ рядныхъ записяхъ (ст. 1002).—Въ частности, въ Проектѣ не признается отреченія за вознагражденіе. Наслѣдникъ, отрекшійся отъ наслѣдованія за вознагражденіе, считается, принявшимъ наслѣдство (ст. 1517). Наконецъ, 3) лицо, отрекшееся отъ наслѣдства, не признается вмѣстѣ съ тѣмъ отрекшимся за своихъ нисходящихъ. Его нисходящіе имѣютъ самостоятельное право (92/58, ср. 97/5 и 00/73. См. ниже 5 а).

4. Такъ какъ принятіе наслѣдства, а равно отреченіе отъ него требуютъ проявленія воли, направленной на пріобрѣтеніе или отказъ отъ наслѣдства, то въ тѣхъ случаяхъ, когда эта воля не можетъ быть выражена самими наслѣдниками, допускается представительство.

Такъ, за малолѣтнихъ, безумныхъ и умалишенныхъ согласіе или несогласіе на принятіе наслѣдства обязаны изъявлять назначенные надъ ними опекуны (ст. 1257), за юридическихъ же лицъ—ихъ представители. Ср. § 75. 1 г.

5. Итакъ, въ нашихъ гражданскихъ законахъ возможно или принятіе, или отреченіе отъ наслѣдства, хотя бы

черезъ представителей. Но наше право не допускаетъ при отреченіи а) ни трансmissiи, ни б) уступки права наслѣдованія.

а. Подъ именемъ трансmissiи разумѣется переходъ права наслѣдованія отъ лица призваннаго, но еще не принявшаго наслѣдства, къ его наслѣдникамъ. Такимъ образомъ, для трансmissiи существенно открытіе наслѣдства. Если лицо, имѣющее быть призваннымъ къ наслѣдованію, умретъ раньше наслѣдодателя, то, очевидно, еще нѣтъ у него самого права наслѣдованія. Поэтому невозможенъ и переходъ его права наслѣдованія къ его наслѣдникамъ.—Проектъ дѣлаетъ существенное отступленіе отъ строгой догмы. Онъ признаетъ трансmissiю въ отношеніи нисходящихъ назначеннаго въ завѣщаніи наслѣдника, умершаго до открытія наслѣдства (ст. 1415). Этого не признаетъ сенатская практика, хотя она допускаетъ трансmissiю условнаго права наслѣдованія (§ 80. П 3. 2). Что касается, въ частности, трансmissiи при отреченіи, то она невозможна, потому что отреченіе есть потеря права наслѣдованія, а поэтому нельзя передать того, чего нѣтъ у призваннаго лица. Нисходящія же отрекшагося лица получаютъ наслѣдство въ силу собственнаго права а не трансmissiи.

б. Что касается уступки права наслѣдованія, то она дозволяется, по исключенію, лишь въ правѣ Черниговской и Полтавской губерній (ст. 1256).—Не допустима также скрытая уступка права наслѣдованія, напр. условное отреченіе въ пользу какого-либо лица (78/243, 93/4), т. е. отреченіе м. б. только безусловнымъ (92/58).—Напротивъ, Проектъ признаетъ уступку права наслѣдованія (ст. 1534 и сл.).

§ 89. Послѣдствія пріобрѣтенія (принятія) наслѣдства.

1. Главнымъ послѣдствіемъ пріобрѣтенія наслѣдства будутъ неограниченная отвѣтственность наслѣдника за долги наслѣдодателя.

Это значитъ, что лицо, принявшее наслѣдство—наслѣдникъ, отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя не только активомъ наслѣдственной массы, но и всѣмъ своимъ имуществомъ (ст. 1259, ср. ст. 1268). Эта неограниченная отвѣтственность для

наслѣдниковъ призваннаго лица, не успѣвшаго принять наслѣдство, увеличивается долгами этого лица (70/1114). Но это увеличеніе отвѣтственности не имѣетъ примѣненія при правѣ представленія по долгамъ представляемаго (§ 82. 3). Однако, отвѣтственность по обязательствамъ наслѣдодателя можетъ и уменьшаться. Такъ, наслѣдники не отвѣчаютъ по личнымъ обязательствамъ наслѣдодателя. Именно, къ наслѣдникамъ не переходитъ обязанность мужа доставлять женѣ содержаніе и пропитаніе (70/1599) или обязанность дѣтей содержать родителей (71/995, 88/17).—Общее правило о неограниченной отвѣтственности наслѣдниковъ за долги наслѣдодателя можетъ, однако, вредить интересамъ, какъ 1) самихъ наслѣдниковъ, такъ и 2) кредиторовъ. Въ самомъ дѣлѣ, 1) наслѣдникъ вынужденъ отказаться отъ принятія наслѣдства въ томъ случаѣ, если у него возникаетъ сомнѣніе, что пассивъ наслѣдства превышаетъ активъ. Между тѣмъ, наслѣдникъ принялъ бы наслѣдство безбоязненно, если бы за долги наслѣдодателя онъ отвѣчалъ въ размѣрѣ наслѣдственного актива. Вотъ почему современное гражданское право, а также и Проектъ (ст. 1527 и 1529) вводятъ, слѣдуя римскому праву, особую льготу для наслѣдниковъ объ ограниченной ихъ отвѣтственности, въ предѣлахъ наслѣдственной массы (право инвентаря, или право описи). Этой льготы, къ сожалѣнію, не знаютъ наши гражданскіе законы. Лишь по долговымъ обязательствамъ безсрочнымъ и выданнымъ срокомъ до востребованія, когда они представлены ко взысканію по смерти заемщика не позже десяти лѣтъ, наслѣдники его отвѣтствуютъ ограниченно, въ размѣрѣ наслѣдственного имущества (прим. къ ст. 1253). Объ отвѣтственности пережившаго супруга и родителей было сказано выше (§§ 85. 86). Равнымъ образомъ, 2) и кредиторы наслѣдодателя могутъ опасаться, что у наслѣдника будетъ столько своихъ долговъ, что одни его кредиторы могутъ истощить своими взысканіями наслѣдственный активъ. Поэтому, въ интересахъ кредиторовъ наслѣдодателя, желательно обособить наслѣдственную массу отъ имущества наслѣдника. Это право на обособленіе (раздѣленіе имущества), извѣстное современному гражданскому праву и не извѣстное нашему праву, вводится Проектомъ (ст. 1533).—Потребность въ преимущественной защитѣ интересовъ кредиторовъ

удовлетворяется у насъ, согласно сенатской практикѣ, путемъ признанія первенства правъ на удовлетвореніе за кредиторами наследодателя (86/63, 87/76). Однако, такое преимущественное удовлетвореніе правъ кредиторовъ наследодателя не вполнѣ достигаетъ своей цѣли въ тѣхъ случаяхъ, когда предъявляются требованія ко взысканію послѣ перехода наследства въ обладніе наследниковъ. Кредиторы могутъ тогда получить удовлетвореніе только изъ того имущества, которое еще осталось у нихъ (86/63, 87/76). Въ частности, въ случаѣ не состоятельности наследника, кредиторы наследодателя всѣмъ не имѣютъ права на преимущественное удовлетвореніе, напр., по векселямъ наследодателя, предъявленнымъ послѣ объявленія наследника несостоятельнымъ (86/63).—Независимо отъ неограниченной отвѣтственности по долгамъ наследодателя, наследникъ обязанъ выполнять имущественные договоры наследодателя, заключенные съ третьими лицами (ст. 1543, ср. ст. 1544).

2. Другимъ, также главнымъ послѣдствіемъ пріобрѣтенія наследства будетъ полученіе наследникомъ наличнаго имущества и капитала, а равно и правъ на полученіе долговъ наследодателя, его жалованья и т. д., короче—актива (ст. 1258).

Ставъ собственникомъ наличнаго имущества, въ томъ числѣ капитала, и сдѣлавшись кредиторомъ въ отношеніи должниковъ наследодателя, наследникъ пріобрѣтаетъ такимъ образомъ права вещныя и обязательственныя. Ими онъ можетъ свободно распорядиться, по своему усмотрѣнію, въ качествѣ субъекта этихъ правъ:

1) Наследникъ въ правѣ продать и заложить наследственное имущество, и такая продажа и залогъ будутъ дѣйствительны, хотя бы впослѣдствіи и явились другіе, болѣе полноправные наследники и оспорили наследство. Такъ, появленіе другихъ наследниковъ послѣ продажи или залога имущества наследниками по закону, утвержденными надлежащимъ порядкомъ (ст. 1301), или наследниками по завѣщанію, также утвержденными (91/105, 07/64), не влечетъ за собою поворота продажи или залога, а лишь требованіе о вознагражденіи безъ

процентовъ въ пользу того, кому имѣніе будетъ присуждено (ст. 1301; 91/105). Такая свобода распоряженій не истиннаго наслѣдника, но утвержденнаго въ наслѣдствѣ, ограждаетъ третьихъ лицъ, добросовѣстно пріобрѣвшихъ это имущество отъ того, кто прежде былъ безспорнымъ представителемъ наслѣдства (04/23). Такимъ образомъ, лицо, неправильно воспользовавшееся наслѣдственнымъ имуществомъ, признается сенатомъ, впредь до открытія спора другими наслѣдниками, полнымъ собственникомъ наслѣдственного имѣнія (91/105). Дѣлаетъ это, конечно, сенатъ въ интересахъ третьихъ лицъ, ибо совершенно ясно, что тотъ, кто неправильно утвержденъ въ правахъ наслѣдства, напр., по закону, когда имѣлось завѣщаніе, не есть въ дѣйствительности собственникъ наслѣдственного имущества. Однако, эту точку зрѣнія гражданского оборота—охраны интересовъ третьихъ лицъ, сенатъ проводитъ не безъ ограниченія. Именно, продажа и залогъ наслѣдникомъ не принадлежащаго наслѣдодателю имущества подлежатъ повороту (83/79).

2) Въ интересахъ той же свободы распоряженія наслѣдственнымъ имуществомъ сенатъ, далѣе, хотя и вопреки прямому требованію закона (ст. 1314), предоставляетъ каждому изъ наслѣдниковъ, состоящихъ въ общемъ владѣніи, свободно отчуждать до раздѣла доставшуюся ему часть безъ предваренія о томъ прочихъ совладѣльцевъ. Эти послѣдніе не въ правѣ требовать уничтоженія акта продажи (00/55; 85/103 и др.). Имъ предоставляется лишь выкупить долю родового имѣнія, проданную сонаслѣдникомъ чужеродцу, или, если продажа еще не осуществилась, требовать въ исковомъ порядкѣ признанія за ними права преимущественной покупки продаваемой доли (04/88).

3) Свобода распоряженій наслѣдниковъ полученнымъ по наслѣдству имуществомъ не можетъ быть стѣснена, наконецъ, и общимъ владѣніемъ (общою собственностью) сонаслѣдниковъ. Каждый изъ сонаслѣдниковъ имѣетъ право требовать раздѣла наслѣдства (ст. 1315), даже до утвержденія ихъ въ правахъ наслѣдства. Раздѣлъ наслѣдства производится или полюбовно (ст. 1315), и такой раздѣлъ имѣетъ значеніе договора (05/7), или при посредствѣ суда, если раздѣлъ не будетъ

оконченъ полюбовно въ два года (стт. 1317, 1318). Впрочемъ, и при добровольномъ раздѣлѣ возможенъ еще въ теченіе одного года со дня раздѣла судебный передѣлъ (ст. 1332). Полюбовные раздѣльные акты называются раздѣльными записями и совершаются нотаріальнымъ порядкомъ (стт. 1337; 90/129).

Глава V. Отказъ и душеприказчество.

§ 90. Наслѣдованіе и отказъ.

Наслѣдованіе характеризуется тѣмъ, что наслѣдникъ не можетъ получить актива наслѣдства или его части безъ того, чтобы не получить имѣющагося пассива наслѣдства или соответствующей его части (§ 78 1 б). Вмѣстѣ съ тѣмъ, наслѣдникъ отвѣчаетъ за пассивъ неограниченно, т. е. не только наслѣдственнымъ имуществомъ, но и своимъ собственнымъ (§ 89. 1). Возможно, однако, представить себѣ и иного рода преемство, при которомъ преемникъ получить только активъ, его часть, или даже какую-либо опредѣленную вещь, безъ того, чтобы получить въ то же время соответствующую долю пассива и отвѣчать неограниченно за этотъ пассивъ.

1. *Такое преемство, которое представляетъ собою только имущественную выгоду для преемника, называется отказомъ (сингулярнымъ преемствомъ).*

Самый же преемникъ называется отказоприимателемъ, или легатаріемъ, такъ какъ отказъ въ римскомъ правѣ назывался легатомъ. Такимъ образомъ, отказоприиматель не есть наслѣдникъ. Онъ пріобрѣтаетъ отказанное ему имущество или непосредственно въ тотъ моментъ, какъ только наслѣдникъ по завѣщанію приметъ наслѣдство, или посредственно, обращаясь съ требованіемъ къ наслѣднику о выдачѣ ему отказа, становясь, такимъ образомъ, въ положеніе особаго кредитора наслѣдника.

2. *Русское законодательство очень скупо и глухо говоритъ объ отказахъ, а сенатская практика до самаго послѣдняго времени прямо не признавала ихъ, даже въ принципѣ.*

Въ ст. 1086 постановлено, что завѣщатель можетъ обязывать своихъ наслѣдниковъ, впрочемъ лишь на время жизни ихъ, денежными выдачами, когда дѣлаетъ распоряженіе о своемъ благопріобрѣтенномъ имѣніи. Когда же онъ оставляетъ имѣніе родовое, то наслѣдники его въ правѣ отказать отъ исполненія сдѣланныхъ имъ по тому имѣнію распоряженій, соединенныхъ съ утратою изъ него большей или меньшей части. Изъ этой статьи видно, что законъ различаетъ наслѣдниковъ отъ тѣхъ лицъ, которымъ наслѣдники обязаны дѣлать денежныя выдачи. Между тѣмъ, сенатъ долго не различалъ отказопринимателя отъ наслѣдника и, такимъ образомъ, отрицалъ существованіе отказовъ въ нашемъ правѣ (также и Проектъ, ст. 1522, мотивы). Сенатъ признавалъ, что отказоприниматели должны быть разсматриваемы, какъ соучастники въ наслѣдствѣ (74/596, 79/340, 86/60). Поэтому въ случаѣ оспариванія духовнаго завѣщанія, искъ долженъ быть предъявленъ не только къ наслѣдникамъ, но и къ отказопринимателямъ, сколько бы ихъ ни было (75/923). Такое уравниваніе отказопринимателей съ наслѣдниками неправильно. Вотъ почему въ самое послѣднее время сенатъ началъ измѣнять свою точку зрѣнія. Онъ высказалъ тотъ принципъ, что наслѣдникъ является продолжателемъ юридической личности умершаго завѣщателя и вступаетъ по отношенію къ завѣщанному имуществу во всѣ тѣ права, которыя принадлежали завѣщателю. Отказоприниматели же имѣютъ лишь право требовать отъ наслѣдника завѣщанной имъ суммы, и это право требованія составляетъ особое право, которое возникло вновь и не принадлежало ранѣе завѣщателю (рѣш. Гражд. Кас. Деп. 11 марта 09 г. по дѣлу Щеглова, ср., однако, 08/77). Отсюда, въ случаѣ утраты отказопринимателемъ права требовать завѣщанной ему суммы, отказъ не является имуществомъ, оставшимся внѣ завѣщанія, а поступаетъ въ собственность наслѣдника по завѣщанію (то же кас. рѣш.). Такимъ образомъ, въ указанномъ рѣшеніи, сенатъ не только ставитъ отказопринимателя въ положеніе особаго кредитора наслѣдника, но

прямо подчеркиваетъ, что отказоприиматель имѣетъ и н о е, н о в о е право, котораго не имѣлъ самъ наслѣдодатель. Отсюда совершенно понятно, что лицо, получающее денежныя выдачи отъ наслѣдника, не отвѣчаетъ собственнымъ имуществомъ по долгамъ наслѣдодателя (также Проектъ, мотивы къ ст. 1522). Независимо отъ новой сенатской практики, склонной признавать нынѣ отказъ, или легать (терминъ, употребленный сенатомъ раньше, 00/104), слѣдуетъ замѣтить, что легать ограничивается въ нашемъ правѣ 1) преимущественно денежными выдачами (ср. однако ст. 1011 прим.), 2) на время жизни наслѣдниковъ и 3) обязательнъ для нихъ лишь въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ (ст. 1086). Совершенно понятно, что отказоприиматели удовлетворяются послѣ кредиторовъ наслѣдодателя и предпочитаютъ кредиторамъ наслѣдника. Денежныя выдачи должны производиться наслѣдникомъ только въ предѣлахъ полученнаго имъ наслѣдства (76/66), а сами отказоприиматели не отвѣчаютъ своимъ имуществомъ за долги наслѣдодателя. Отказъ, какъ имущественное право, можно уступить другому лицу (07/11).

3. Отказъ, это—предоставленіе кому-либо завѣщателемъ имущественной выгоды безъ обремененія долгами, необходимо отличать отъ обязательствъ, возлагаемыхъ на наслѣдниковъ безъ предоставленія кому-либо имущественной выгоды.

Это есть возложеніе (модусъ), о которомъ было упомянуто выше (§ 6 III 3). Такое возложеніе можетъ преслѣдовать различныя цѣли, напр., постановку памятника.

§ 91. Душеприказчество.

1. Воля завѣщателя обыкновенно исполняется наслѣдниками; однако, ея исполненіе м. б. поручено и особымъ лицамъ—душеприказчикамъ.

Въ русскомъ быту исполненіе воли завѣщателя душеприказчиками не рѣдкое явленіе, а, между тѣмъ, въ нашихъ законахъ имѣется лишь бѣглое упоминаніе о душеприказчикахъ: „духовное завѣщаніе исполняется: 1) душеприказчиками, 2) самими наслѣдниками, по волѣ завѣщателя (ст. 1084). Неудивительно, поэтому,

что сенатъ вынужденъ былъ пополнить пробѣлы нашего законодательства и создать институтъ душеприказчества. Проектъ въ существенныхъ чертахъ повторяетъ сенатскую практику.

1) Основаніемъ для возникновенія душеприказчиковъ служатъ: воля завѣщателя (ст. 1084) и законъ въ исключительныхъ случаяхъ (стт. 1087 и 1088). Напротивъ, не извѣстны нашей практикѣ, какъ основанія возникновенія душеприказчиковъ, договоръ и назначеніе судебною властью, хотя бы и по просьбѣ завѣщателя (общегерм. ул. ст. 2200). Проектъ, вслѣдъ за общегерм. ул., правильно расширяетъ, однако, права завѣщателя въ томъ отношеніи, что завѣщатель можетъ подназначить душеприказчика или даже уполномочить его назначить себѣ помощниковъ или преемника (ст. 1436, ср. общегерм. ул., ст. 2199). У насъ же, при неимѣніи душеприказчиковъ, или нежеланіи всѣхъ ихъ исполнять волю завѣщателя, это исполненіе производится наследниками (75/27, 72/885 и др.). То же самое имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда душеприказчикъ откажется отъ исполненія завѣщанія въ послѣдствіи, такъ какъ такой отказъ вполне свободенъ (71/873, 98/76), или будетъ удаленъ. Сенатъ не говоритъ объ удаленіи, но это само собою понятно. Напротивъ, Проектъ прямо предусматриваетъ удаленіе душеприказчиковъ, въ случаѣ ненадлежащаго исполненія ими своихъ обязанностей (ст. 1453). 2) Права: душеприказчики разсматриваются сенатомъ, какъ полномочные представители (98/40). Вслѣдствіе этого, душеприказчикъ въ правѣ дѣлать только такія распоряженія, на которыя онъ уполномоченъ въ завѣщаніи (79/1; 81/116). Такъ, онъ въ правѣ управлять и распоряжаться имуществомъ до передачи его наследникамъ (79/205; 81/116, 82/81), предъявлять иски и ходатайствовать на судѣ (71/1258; 85/132) и не только продавать и закладывать, но и ликвидировать наследственное имущество, выдавая остатокъ наследникамъ, если къ такой ликвидаціи опять-таки онъ уполномоченъ завѣщателемъ (05/43). Сенатъ признаетъ возможнымъ вознаграждать душеприказчиковъ за труды по исполненію духовнаго завѣщанія, если вознагражденіе назначено въ завѣщаніи (04/85). Точно также и Проектъ (ст. 1451); иначе общегерм. ул., которое прямо постановляетъ, что душеприказчикъ въ правѣ требовать соразмѣрнаго вознагражденія за

отправление имъ должности, развѣ бы наслѣдодатель постановилъ другое (ст. 2221). 3) Обязанности: душеприказчики обязаны отчетностью передъ наслѣдниками, отъ каковой отчетности ихъ не можетъ освободить завѣщатель (76/22; 71/738; 873 и др.). За выдачу наслѣдства (капитала) постороннему лицу душеприказчики отвѣчаютъ, какъ недобросовѣстные владѣльцы (ст. 641; 73/119). За несвоевременную выдачу наслѣдникамъ капитала, душеприказчики могутъ быть подвергнуты взысканію процентовъ и неустойки (69/319) и вообще несутъ отвѣтственность за свои упущенія каждый за себя или совокупно, если дѣйствовали совокупно (73/1485, Проектъ, ст. 1450), на общемъ основаніи ст. 684 (69/227; 71/1264; 79/134). Но душеприказчики не обязаны выдавать наслѣдникамъ имущество ранѣе срока (82/78, иначе Проектъ, ст. 1448; общег. ул., ст. 2217).

2. Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что институтъ душеприказчиковъ возбуждаетъ въ теоріи сомнѣніе въ своей юридической природѣ.

Слѣдуетъ ли душеприказчиковъ считать представителями завѣщателя, наслѣдника, имущества въ качествѣ юридического лица, или даже интереса (теорія Зекерта)? Сенатъ считаетъ душеприказчиковъ представителями завѣщателя (98/40). Такая конструкція согласуется съ нашимъ законодательствомъ, которое допускаетъ предъявленіе исковъ къ лицу умершему (§ 3. III 1), но противорѣчитъ той же сенатской практикѣ, которая требуетъ отчетности душеприказчиковъ передъ наслѣдниками. Вообще теорія представительства душеприказчиковъ не согласуется съ юридическими основами представительства. Поэтому, быть можетъ, правильнѣе конструировать институтъ душеприказчества, какъ институтъ особаго рода, подобный лишь представительству.

Приложеніе I. Нотаріатъ и защита правъ.

I. Нотаріатъ *).

1. а) *Достоверность и б) публичность юридическихъ актовъ составляютъ необходимыя условія твердости гражданскаго оборота.*

а. Достоверность обеспечивается участіемъ должностного лица въ составленіи юридическихъ актовъ. При чемъ, это участіе можетъ выражаться или въ засвидѣтельствованіи актовъ вообще и явки актовъ въ частности, или въ совершеніи актовъ 1). Засвидѣтельствованіе актовъ имѣетъ своею цѣлью удостовѣреніе вѣрности копій, подлинности подписей и т. д. (ст. 128 Нот. пол.) 2). Засвидѣтельствованіе явки актовъ (ст. 65, ср. ст. 2) имѣетъ своею цѣлью кромѣ удостовѣренія самоличности участвующихъ въ засвидѣтельствованіи **), еще удостовѣреніе ихъ законной правоспособности (ст. 147) и непротивности содержанія самихъ актовъ закону (Врем. пр. ст. 44; 79/151; явочные акты) 3). Совершеніе актовъ обнимаетъ собою и засвидѣтельствованіе явки актовъ (ст. 79), но правильнѣе считать совершеніемъ актовъ только такое составленіе актовъ, при которомъ не только участвуетъ должностное лицо, но самый актъ вносится въ книгу и подписывается тамъ сторонами, свидѣтелями и должностнымъ лицомъ (нотаріальныя акты). Совершеніе акта необходимо еще строго отличать отъ утвержденія акта (крѣпостныя акты; ст. 70 см. ниже б) ***).

*) И. Вольманъ. Нотаріальное положеніе. СПб. 1912.

**) Этого вполне достаточно для засвидѣтельствванія подписей.

***) Иначе Вольманъ, стр. 63. По его мнѣнію, если стороны не опредѣлили точно въ договорѣ, что онѣ разумѣютъ подъ совершеніемъ акта, то въ такомъ случаѣ, въ силу ст. 1363 т. X ч. 1, концомъ совершенія акта будетъ его утвержденіе. Такое толкованіе не согласуется со ст. 79 Нот. пол.

б. Публичность, т. е. извѣстность юридическаго акта третьимъ лицамъ, достигается утвержденіемъ акта (ст. 79; крѣпостная система; ср. § 17. II 2). Впрочемъ, понятіе публичности акта гораздо шире его извѣстности третьимъ лицамъ; оно обнимаетъ собою также безповоротность акта (ипотечная система; § 17. II 2).

2. а) *Засвидѣтельствованіе актовъ или явки и совершение актовъ должностнымъ лицомъ ввѣряется у насъ б) нотаріусамъ и в) суду.*

а. Кругъ дѣятельности названныхъ учреждений обнимаетъ собою нотаріальную часть въ собственномъ смыслѣ (1. а) и т. наз. крѣпостную часть (1. б). Впрочемъ, нотаріальная часть шире всякаго рода засвидѣтельствowań и совершенія актовъ (см. ст. 65; 83/111). Такъ нотаріусы принимаютъ на храненіе документы (ст. 65 п. 4), составляютъ проекты раздѣловъ наслѣдства (ст. 65 п. 5), выдаютъ выписи и копии актовъ (ст. 65 п. 1) и т. д.

б. Нотаріусы раздѣляются на младшихъ и старшихъ. 1) Младшіе нотаріусы суть должностныя лица, состоящія на государственной службѣ (ст. 17), хотя они и не пользуются ея преимуществами. Несмотря на это, они не могутъ быть въ то же время присяжными повѣренными (ст. 19 и 5, ср. п. 4 ст. 355 Учрежд. суд. устан). Число нотаріусовъ устанавливается особымъ расписаніемъ, смотря по обстоятельствамъ и народонаселенію каждой мѣстности (ст. 4). Причемъ всѣ нотаріусы распредѣляются по окружнымъ судамъ, въ вѣдомствѣ которыхъ они находятся (ст. 20) и въ предѣлахъ которыхъ они могутъ исполнять свои обязанности (стт. 21, 22). Лицо, желающее *) стать нотаріусомъ, должно удовлетворять требованіямъ закона. Такъ, прежде всего, оно не должно состоять ни на государственной, ни на общественной службѣ, должно быть русскимъ подданнымъ, совершеннолѣтнимъ и неопороченнымъ по суду или общественному приговору (ст. 5). Въ частности, члены Госуд. Думы не могутъ сохранять за собою должности нотаріуса (Общ. собр. 07/33). Далѣе, лицо, желающее стать нотаріусомъ, должно подвергнуться спеціальному экзамену

*) Возможно, однако, и назначеніе отъ правительства (ст. 7).

при окружномъ судѣ (ст. 15); въ этомъ отношеніи не дѣлается никакихъ изытій ни для какихъ лицъ (Общ. собр. 00/33). Наконецъ, что касается самого опредѣленія на службу (а равно и увольненія), то оно производится старшимъ предсѣдателемъ судебной палаты по представленіямъ предсѣдателя окружного суда (ст. 16). Самое же вступленіе въ должность предварительно требуетъ принесенія присяги (ст. 16) и внесенія залога (ст. 8, ср. ст. 9, 12, 14). Нотаріусы за исполненіе своихъ обязанностей получаютъ вознагражденіе (плату), именно, за всякое должностное дѣйствіе по особой таксѣ, если не было добровольнаго соглашенія (ст. 208 и сл.). Часть этой платы удерживается для увеличенія залога до опредѣленнаго въ законѣ размѣра (ст. 210 и 9).

2) Старшіе нотаріусы суть также должностныя лица, состоящія на государственной службѣ. Они сравнены съ членами окружныхъ судовъ относительно содержанія, служебныхъ правъ и преимуществъ, въ порядкѣ опредѣленія и увольненія ихъ отъ должности (ст. 43). При каждомъ окружномъ судѣ полагается одинъ старшій нотаріусъ (онъ же завѣдываетъ нотаріальнымъ архивомъ), но возможны также и помощники (стт. 42 и 43¹).

в. Судъ участвуетъ посредственно и непосредственно въ нотаріатѣ. Такъ, 1) посредственное участіе суда выражается въ надзорѣ за исполненіемъ всѣми нотаріусами своихъ обязанностей (ст. 57). Онъ имѣетъ права контроля и ревизіи книгъ (стт. 36 и 58), отпуска (ст. 38 и 39) и увольненія нотаріусовъ за упущенія по ихъ службѣ (ст. 59). Суду же приносятся жалобы на неправильныя дѣйствія нотаріусовъ (ст. 60—63) и судомъ же взыскиваются убытки, причиненные неправильными дѣйствіями нотаріуса (ст. 64). Срокъ для принесенія жалобъ на дѣйствія нотаріусовъ полагается двухнедѣльный со дня отказа нотаріусомъ или совершенія имъ того дѣйствія, на которое жалоба приносится (ст. 61). Причемъ жалобы на нотаріусовъ непосредственно подаются имъ, а они обязаны передать таковыя въ окружный судъ, не долѣе 7 дней по полученіи, съ своимъ объясненіемъ (ст. 62).

2) Непосредственное же участіе суда сказывается въ исполненіи имъ нотаріальной части. Такъ, засвидѣтельствованіе явки актовъ возложено у насъ на единоличныхъ судей (мировыхъ, городскихъ, уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ) въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ которыхъ или вовсе не положено имѣть нота-

ріуса, или, хотя и положено, но должность его не замѣщена (стт. 2 и 10 ср. ст. 7 прим.). Кромѣ того, возможно также временное исполненіе судомъ обязанностей старшаго нотаріуса въ случаѣ его болѣзни или отлучки. Такое исполненіе поручается, по усмотрѣнію предсѣдателя окружнаго суда, или секретарю или другому чиновнику даннаго суда (ст. 44).

3. Исполненіе нотаріусами своихъ обязанностей требуетъ веденія особыхъ книгъ.

Эти книги довольно многочисленны (стт. 26 и 47). Среди нихъ слѣдуетъ различать двѣ главныя группы: 1) актовыя (крѣпостныя) и 2) реестровыя. 1) Актковыя книги ведутся младшими нотаріусами и называются такъ потому, что въ нихъ вносятся акты, совершенные нотаріальнымъ порядкомъ (нотаріальные акты, ст. 79 и сл.). Такихъ книгъ двѣ: одна— для недвижимости и другая—для всѣхъ прочихъ имуществъ (п. 2 ст. 26). Къ группѣ актовыхъ книгъ слѣдуетъ отнести также крѣпостныя книги. Онѣ составляются старшими нотаріусами изъ утвержденныхъ ими выписокъ изъ актовыхъ книгъ младшихъ нотаріусовъ по недвижимостямъ (ст. 52). Утвержденные выписи подшиваются, по порядку ихъ утвержденія въ тетради, которыя, по истеченіи года, немедленно переплетаются въ книги вмѣстѣ съ двумя алфавитными указателями по названіямъ недвижимостей и по фамиліямъ собственниковъ (ст. 52 *). 2) Реестровыя книги также ведутся какъ младшими нотаріусами, такъ и старшими. Именно, младшій нотаріусъ обязанъ вести реестръ для означенія всѣхъ вообще совершаемыхъ имъ актовъ, протестовъ и засвидѣтельствованій, а также явленныхъ у него заемныхъ обязательствъ и договоровъ (п. 1 ст. 26). Старшій нотаріусъ обязанъ вести два реестра. Одинъ для выдаваемыхъ имъ выписей и копій изъ актовыхъ и крѣпостныхъ книгъ, а также копій и актовъ, хранящихся въ архивѣ (п. 1 ст. 47). Другой—для крѣпостныхъ дѣлъ. Если реестръ выписямъ и копіямъ не представляетъ собою ничего особеннаго и ведется по правиламъ о реестрахъ для нотаріусовъ (ст. 48), то реестръ крѣпостныхъ дѣлъ заслуживаетъ

*) Имѣется особая инструкція для руководства нотаріальныхъ установленій при примѣненіи закона объ упрощеніи порядка веденія крѣпостныхъ дѣлъ.

особаго вниманія какъ по своему значенію, такъ и по формѣ его веденія. Значеніе этого реестра выражается въ томъ, что съ отмѣткою въ немъ акта укрѣпленія связывается моментъ перехода права собственности на недвижимость и вообще возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе вещныхъ правъ на недвижимость (§ 17. II 2). Соответственно такому значенію реестра крѣпостныхъ дѣлъ, къ нему составляются три алфавитныхъ указателя: 1) по названіямъ имѣній или нумерамъ городскихъ недвижимостей, 2) по названіямъ собственниковъ и 3) по названіямъ лицъ или установленій, въ пользу которыхъ сдѣланы въ реестрѣ отмѣтки о какихъ-либо ограниченіяхъ права собственности. Что касается формы веденія реестра крѣпостныхъ дѣлъ, то форма указана министромъ юстиціи. Для каждой недвижимости назначается особый листъ (ст. 53). При чемъ изданы правила о составленіи и веденіи реестра крѣпостныхъ дѣлъ по новой формѣ. Листъ реестра крѣпостныхъ дѣлъ новой формы состоитъ изъ четырехъ отдѣловъ. Въ первый отдѣлъ вносятся свѣдѣнія, касающіяся имѣнія, во второй—собственники, въ третій—ограниченія права собственности и наложенныя запрещенія по искамъ о правѣ собственности, въ четвертый—залогъ, долги и другія денежные требованія, обезпеченныя запрещеніями. Каждый отдѣлъ заключаетъ въ себѣ три графы: 1) для означенія текущихъ нумеровъ по отдѣлу реестра, 2) для отмѣтокъ, вносимыхъ въ данный отдѣлъ, и 3) для примѣчаній (Правила, ст. 3). О другихъ книгахъ, имѣющихъ второстепенное значеніе, см. стт. 26 и 47 Нот. пол.

II. Защита правъ.

1. Наше законодательство въ видѣ общей, неотъемлемой гарантіи лица признаетъ, что „всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій“ (ст. 1 Уст. гр. суд.).

Съ этимъ, прямымъ постановленіемъ процессуальнаго закона вполне согласуется и общій смыслъ статей 690—694 т. X ч. 1. Обращеніе къ судебной защитѣ составляетъ неотъемлемое право гражданина. Оно не можетъ быть, поэтому, ограничено по волѣ частныхъ лицъ, кромѣ случаевъ, предусмотрѣнныхъ самимъ закономъ (71/945, 76/290, 79/22, 81/16). Такимъ образомъ,

самъ законъ, признавая принципъ свободной, автономной человеческой личности, ставитъ ей границы во имя огражденія этой же человеческой личности. Поэтому, напр., будетъ недействительно то условіе договора, по которому стороны отказываются отъ права судебной защиты на случай нарушенія договора (76/290, 79/22).

2. Неотъемлемое право гражданъ на судебную защиту своихъ гражданскихъ правъ а) ограничивается, однако, временемъ б) и терпитъ исключенія.

а. Право отыскивать имущество пресѣкается общою земскою десятилѣтнею давностью (ст. 692) и вообще тою же давностью пресѣкаются всякіе иски (ст. 694 § 11, 2 б.).

б. Защита правъ не ограничивается только опредѣленнымъ временемъ. Граждане теряютъ еще свое право на имущество, если они столкнутся съ другими гражданами, добросовѣстно пріобрѣтшими ихъ право. Принципъ виндикаціи, при условіи добросовѣстности, уступаетъ нынѣ мѣсто принципу твердости гражданского оборота (§ 17, III 2, 1, § 44, 3, § 46, II 2, § 89, 2).

3) На ряду съ судебною защитою гражданскихъ правъ возможна, правда по исключенію, и внѣсудебная защита (самооборона).

Именно, наше законодательство принципиально запрещаетъ внѣсудебную защиту, ибо, допустивъ ее, тѣмъ самымъ легко дать поводъ къ самоуправству и насилію. Запрещая строго всякое самоуправство (стт. 690 и 531), наше законодательство признаетъ, однако, другой видъ внѣсудебной защиты—самооборону, т. е. защиту отъ самоуправства. „Законная оборона отъ насилія, говоритъ законъ, не считается самоуправствомъ, когда она не выходитъ изъ предѣловъ, закономъ опредѣленныхъ“ (прим. къ ст. 690). Необходимую оборону признаетъ также Проектъ (ст. 99). Такимъ образомъ, законная самооборона есть обратная сторона недопустимости самоуправства. Таковъ принципъ. Однако, ни законъ, ни практика не могли послѣдовательно провести указаннаго принципа. Такъ, напр., согласно закону, каждый имѣетъ право собственною властью задержать чужой скотъ или чужую птицу, производящихъ или могущихъ произвести на его угодіяхъ траву или иныя

поврежденія (Уст. сельск. хоз. ст. 1 прим.; ср. Уст. лѣсн., ст. 690). Далѣе, сенатъ признаетъ за стороной, терпящей убытки отъ неисполненія ея контрагентомъ вытекающей изъ договора обязанности, право, не обращаясь къ суду, произвести необходимыя дѣйствія и зачесть произведенные для того расходы взаимѣнъ слѣдующей по договору платы (01/87). Поэтому квартирантъ въ правѣ произвести безусловно необходимыя исправленія и зачесть ихъ въ квартирную плату. Сенатъ считаетъ такія дѣйствія обороны не „самоуправствомъ“ а „слѣдствіемъ крайней необходимости“ (01/87). Иными словами, сенатъ подводитъ указанныя дѣйствія стороны подъ „законную оборону“. Едва ли, однако, такое толкованіе правильно.

Еще далѣе въ допущеніи самоуправства, подъ особымъ именемъ „самопомощи“, идетъ Проектъ (ст. 101) вслѣдъ за общегерм. ул. (стт. 229—231). Онъ вводитъ право задержанія чужого имущества и даже обязаннаго лица, при наличности опасности лишиться въ противномъ случаѣ возможности осуществить свое право. Къ такой самопомощи возможно прибѣгать только въ томъ случаѣ, если нѣтъ возможности оградить осуществленіе своего права другими законными способами. Право задержанія требуетъ еще для своей законности послѣдующаго немедленнаго увѣдомленія властей (п. 2 ст. 101). Впрочемъ, столь широкое право самоуправства не было принято единогласно въ самой комиссіи.—Дѣйствительно, нельзя не подчеркнуть, что въ дѣлѣ установленія предѣловъ самоуправства необходимо считаться съ культурностью населенія, развитіемъ въ немъ правосознанія и вообще уваженія къ праву и дисциплинѣ. Къ условіямъ русской жизни, быть можетъ, ближе, поэтому, подходит т. X ч. I, строго запрещающій самоуправство, чѣмъ Проектъ, слѣдующій за общегерманскимъ уложеніемъ.

Приложение II. Законъ объ увеличеніи предѣльнаго срока найма недвижимыхъ имуществъ *).

I. Въ отмѣну и измѣненіе подлежащихъ узаконеній постановить:

1. Недвижимыя имущества могутъ быть отдаваемы въ наемъ и содержаніе на срокъ не свыше тридцати шести лѣтъ. Договоры, заключенные на болѣе продолжительный срокъ, признаются обязательными лишь въ теченіе тридцати шести лѣтъ, считая съ начала найма.

2. Договоры о наймѣ городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городскихъ поселеніяхъ (Св. Зак., т. X ч. I, Зак. Гражд., изд. 1900 г., ст. 1702) на сроки отъ трехъ до двѣнадцати лѣтъ, на сумму свыше трехсотъ рублей, а также на сроки свыше двѣнадцати лѣтъ, на всякую сумму,—должны быть совершаемы на письмѣ.

3. Договоры о наймѣ частныхъ недвижимыхъ имуществъ въ предѣлахъ Ялтинскаго уѣзда, Таврической губерніи, должны быть совершаемы не иначе, какъ крѣпостнымъ порядкомъ, если они заключаются на сроки свыше тридцати шести лѣтъ.

II. Примѣчаніе къ статьѣ 1692 Законовъ Гражданскихъ (Св. Зак., т. X ч. I, изд. 1900 г.) изложить слѣдующимъ образомъ:

Примѣчаніе. Срокъ на отдачу въ наемъ и содержаніе недвижимыхъ имуществъ, надъ которыми учреждена опека, ограничивается въ отношеніи имущества малолѣтнихъ—достиженіемъ ими семнадцатилѣтняго возраста, а въ отношеніи прочихъ имуществъ,—временемъ не свыше двѣнадцати лѣтъ или наступленіемъ опредѣленныхъ въ законѣ сроковъ, для признанія имущества вымо-

*) Высочайше утвержд. 15 марта и опубликов. 29 марта 1911 г. въ № 59 Собран. Узак. Расп. Правит., ст. 537).

рочнымъ (ст. 1162 Зач. Гражд.) и для утраты безвѣстно отсутствующимъ права на возвращеніе ему имущества (ст. 1244 Зак. Гражд. и ст. 1459 Уст. Гражд. Суд.).

Договоры объ отдачѣ въ наемъ и содержаніе означенныхъ недвижимыхъ имуществъ на болѣе продолжительные сроки могутъ быть заключаемы не иначе, какъ съ разрѣшенія Правительствующаго Сената въ порядкѣ, установленномъ въ пунктѣ 3 статьи 277.

Договоры, заключенные безъ соблюденія сего порядка, признаются необязательными: въ отношеніи имущества малолѣтнихъ—по достиженіи ими семнадцати лѣтъ, а въ отношеніи прочихъ имуществъ—по истеченіи двѣнадцати лѣтъ, считая съ начала найма, или по наступленіи указанныхъ выше, въ законѣ опредѣленныхъ, сроковъ.

III. Сохранить въ силѣ: 1) постановленія дѣйствующихъ законовъ, коими устанавливаются предѣльные сроки для отдачи въ наемъ недвижимыхъ имуществъ, принадлежащихъ архіерейскимъ домамъ, монастырямъ и церквамъ, и 2) постановленія дѣйствующихъ законовъ, коими устанавливаются предѣльные сроки найма или содержанія недвижимаго имущества менѣе двѣнадцати или болѣе тридцати шести лѣтъ.

IV. Постановленія, изложенныя въ статьѣ 1 отдѣла I и въ отдѣлѣ III, распространить на губерніи Царства Польскаго и Бессарабскую.

Приложеніе III. Краткій указатель учебниковъ и пособій.

Мейеръ, Русское гражданское право. СПб. 1910. *Гуляевъ*, Русское гражданское право (Обзоръ дѣйствующаго законодательства и проекта гражданского уложенія, Спб. 1911). *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданского права. М. 1912. *Васьковский*, Учебникъ гражданского права (общая часть и вещное право). Спб. 1896. *Кассо*, Русское поземельное право. 1906. *Анненковъ*, Система русскаго гражданского права (Т. I. Введеніе и общая часть 1910; т. II. Права вещныя 1900; т. III. Право обязательственныя 1901; т. IV. Отдѣльныя обязательства. 1912; т. V. Права семейныя и опека. 1905; т. VI. Право наслѣдованія. 1909). *Дювернуа*, Чтенія по гражданскому праву. Введеніе и общая часть, вещное право, и общая часть обязательственнаго права. 1898. 1902. *Малышевъ*, Курсъ общаго гражданского права въ Россіи, т. I. 1878. II. *Цитовичъ*, Курсъ русскаго гражданского права т. I. вып. I 1878. *Шершеневичъ*, Курсъ гражданского права. Два выпуска. (Введеніе, Каз. 1901 и 1902). *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражданского права. Три части (I ч. Вѣщныя права, 2 ч. Права семейныя, наслѣдственныя и завѣщательныя; 3 ч. Договоры и обязательства). Спб. 1896. *Ю. Гамбаровъ*, Курсъ гражданского права. Т. I ч. общая. Спб. 1911. Проектъ Высочайше утвержденной Редакціонной Комиссіи по составленію гражданского уложенія (сокращенное изданіе подъ редакціей Тютрюмова, сост. Саатчинъ. Т. I—II. Спб. 1910 *).

*) Что касается литературы, то см. Поворинскій, Систематическій указатель русской литературы по гражданскому праву. СПб. 1894, а также см. за послѣдніе годы журналы Право, Жур. Мин. Юстиціи, Вопросы Права и др., Энциклопедическій словарь Брокгауза и Ефрона.

Приложеніе IV. Предметный указатель.

	Стр.		Стр
Абсолютное право	3	Давность исковая, 49 и приобрь-	
Абстрактн. обязательства (долгъ)	246	тательная	97
Авторское право	152	Дареніе	248
Актъ юридическій	17	Движимость	67
Акціонерное товарищество	286	Держаніе	113
Акцелта	185	Дикое животное	305
Алименты	337	Добросовѣстное владѣніе	117
Альтернативныя обязательства	173	Довѣренность	284
Аренда	264	Договоръ. Понятіе о договорѣ	184
Арендаторъ	265	Долговое имущество	361
Аттестатъ служащихъ	271	Духовное завѣщ. см. завѣщаніе	
Безбрачіе	318	Душевно-больной	18, 364
Безвѣстное отсутствіе	10	Душеприказчикъ	409
Безмездность	23	Дѣеспособность	17
Безсрочныя обязательства	27, 404	Дѣйствіе, какъ объектъ права	165
Безхозяйныя вещи	94	Евреи	7
Бечевникъ	83	Жена	21, 320
Благоприобрѣтенное имущество	68	Жительство. Сервитутъ пожиз-	
Братья родные, единокровные, еди-		неннаго жительства—335; мѣ-	
ноутробные	386	сто жительства жены—321,	
Брачный договоръ	315	329 мѣсто жительства дѣтей	639
Бумаги на предъявителя	247	Заблужденіе	25
Веденіе чужихъ дѣлъ безъ пору-		Завладѣніе	104
ченія	309	Завѣщаніе	363
Вексель	246	Задатокъ	195
Вещное право	65	Заемъ	240
Вещь	66	Закладная	126
Вина	301	Закладъ	127
Виндикація	95	Законъ	57
Владѣніе	113	Залогоприниматель	123
Власть	1	Залогъ	120
Внѣбрачныя дѣти	333, 334	Замѣна исполненія	218
Возвращеніе дара	251	Заповѣдныя временно-заповѣд-	
Вознагражденіе	300	ныя имѣнія	70
Возрастъ	17, 318	Запродажа	235
Воля	22	Зародышъ	5
Время	48	Застройка	147
Вѣздъ	142	Зачетъ	219
Выдѣлъ	383	Защита правъ	
Выкупъ родового имѣнія отъ чу-		Игра	244
жеродцевъ	136	Издательскій договоръ	157
Выморочное имущество	395	Изобрѣтеніе	159
Вѣроисповѣданіе	7	Имущество	75
Гостиница	293	Иностранцы	7

	Стр.		Стр.
Интересъ	306	Ошибка	25
Ипотека	92	Офферта	185
Исполненіе	214	Очистка	206
Источники права	54	Паспортъ	273
Казна	395	Передача	94
Кладъ	103	Передѣлъ	407
Классификація . . 87, 182, 227, 298		Переработка	105
Компенсация см. зачетъ.	219	Перфекція	186
Контрагентъ. Понятіе о конт- рагентахъ—439; договоръ меж- ду отсутствующими контраген- тами	450	Повинности реальныхъ,	133
Крестьяне	7	Подрядъ	277
Купля—продажа	228	Пожалованіе	96
Легать	407	Пожертвованіе	252
Линіи родства	381	Пожизненное владѣніе 145, 389, 393	
Лицо физическое, 4 и юридическое, 11		Поклажа	289
Маіорать	71, 397	Покупка преимущественная.	138
Мировая сдѣлка	225	Поль	21
Монашество	367, 368	Пользованіе	144
Мѣна	238	Пользовладѣніе	144
Наемъ имущества	254	Поляки	7
Наемъ услугъ	269	Попечительство	354
Наемъ прислуги	274	Порученіе	281
Наказъ	34	Поручительство	202
Наличное имущество . . . 361, 405		Поставка	235
Насиліе	25	Потрава	305
Наслѣдованіе 357, 383—399		Правонарушеніе	45, 298
Наслѣдство	360	Правоспособность 6, 15, 318	
Натуральное обязательство . . . 180		Представительство	37
Находка	101	Представленіе	381
Недвижимость	67	Преемство	358, 407
Недѣйствительность сдѣлки . . . 35		Прелюбодѣяніе	327
Незаконное владѣніе	117	Привилегія	160
Несовершеннолѣтніе	19	Приданое	339
Несостоятельность	221	Признаніе къ наслѣдованію . . . 360	
Неустойка	199	Принадлежность	24
Новация	218	Принужденіе	25, 27
Нотаріатъ	413	Принятіе наслѣдства	399
Нѣдра	107	Приращеніе	100, 385
Обезпеченіе	193	Притворныя сдѣлки	25
Обманъ	25	Просрочка	211
Обогащеніе	310	Проценты	241
Обособленіе	404	Раздѣлъ	406
Объектъ. См. вещь	66	Расписка платежная, 214 сохранныя	291
Общая собственность	108	Расточительство 20, 355, 367	
Общинная собственность 110		Регрессъ	178, 204
Обычное право	56	Родительская власть . 330, 336, 341	
Обязательство	161	Родовая недвижимость	68
Опекунская власть	346	Родовыя обязательства	172
Опись	351, 404	Родство физическое	319
Опровержимость сдѣлокъ 361		Ростовщичество	241
Отказъ	407	Рукоприкладчикъ	370
Отреченіе	219, 401	Рѣки	83
Отсрочка	212, 213	Самоубійство	365
Отчеты опекуновъ	353	Свойство	319
		Сдѣлка см. актъ юридическій.	
		Семейная собственность	111

	Стр.		Стр
Сервитуты	140	Трансмиссія	403
Спіяніє	220	Убытки (вредъ)	301
Случай	47, 303	Угодье	141
Смерть	7	Угроза	26
Смѣшеніє	100	Узаконеніє	335
Собственность	79	Указная часть	383
Совершеннолѣтіє	19, 366	Укрѣпленіє	90
Соглашеніє см. перфекція		Условіє	30
Содержаніє, см. алименты		Уступка требованія (цессія)	221
Солидарное обязательство	175	Усыновленіє	334
Срокъ	33	Утвержденіє	378
Ссуда	266	Участіє	83
Страхуваніє	294	Ущербъ	301
Субституція	377	Фафілія жены	323
Субъективное право	3	Форма	192, 369
Субъектъ см. лицо.		Художественная собственность	156
Суброгація,	224	Цѣна	232
Сумасшествіє	18, 364	Чиншевое право	148
Супружеская власть	320	Штрафъ	306
Тарифный договоръ	276	Экспропріація	112
Товарищество	285	Явка заемнаго письма	245